ORAZIO CONDORELLI

LA RESPONSABILITÀ SENZA COLPA

CATANIA
COI TIPI DI C. GALÀTOLA
1924.

INDICE

CAPITOLO TERZO

Le soluzioni.

CAPITOLO QUARTO

Il concetto tecnico di responsabilità e di attività giuridica.

CAPITOLO PRIMO

Note fondamentali del concetto di responsabilità subiettiva.

§ 1°) Il concetto di responsabilità. — § 2°) Volontà e responsabilità. — La volontà nell'atto doloso, colposo e contravvenzionale. — § 3°) L'omissione come atto interiore denunciato dal contegno. — § 4°) L'omissione *incosciente*. — § 5°) Conclusione: fondamento morale e non volontario dell'imputazione. — § 6°) Responsabilità ed illiceità. — § 7°) Necessità di distinguere tra difforme dalla norma ed illecito. — § 8°) L'illecito come disobbedienza alla norma, azione contraria al comando od al divieto od al fine della norma. — Illecito e sanzione. — Illecito ed effetto dannoso. — § 9°) L'illiceità come attributo dell'azione e del fatto. — § 10°) L'omissione atto spirituale insuscettibile di valutazione di liceità — Il problema dell'illiceità del fatto omissivo. — § 11°) Illiceità dell'azione compiuta invece di *quella comandata*. — § 12°) Criterio generale *per determinare questa* azione: è l'azione compiuta nel momento in cui si aveva il dovere di compierne un'altra. — § 13°) Il processo omissivo come elemento determinatore dell'azione illecita compiuta invece di quella comandata. — Il caso dell'omissione compiuta da chi si sia volontariamente posto nell'impossibilità di compiere l'azione comandata. — § 14°) L'unità del fatto illecito commissivo come sintesi di azione e di risultato. — Impossibilità di costruire l'unità del fatto illecito omissivo in base al nesso della causalità psicofisica. — § 15°) Unità giuridica di ogni fatto illecito come sintesi di inadempimento di dovere e di danno. — § 16°) Conclusione.

§ 1°) Gli odierni progressi della conoscenza scientifica e filosofica del diritto sono indiscutibilmente dovuti al riesame critico, a cui, nello scorso secolo e specialmente negli ultimi cinquanta anni, sono stati sottoposti i suoi concetti fondamentali, da principio ad opera della pandettistica, poi delle diverse dottrine generali del diritto e, nei tempi più recenti, della filosofia del diritto nei suoi nuovi orientamenti critici.

Queste ricerche, penetrando, diremmo quasi, nell'interno dei

concetti fondamentali del diritto per saggiarne l'intima validità, per sfrondarli delle note arbitrarie ed inutili e per fissarne le essenziali, valsero a chiarirne l'intima struttura e la profonda essenza.

Questo lavoro di chiarificazione ha sgombrato il dominio della scienza e della filosofia del diritto di molti pseudo problemi, che si riconobbero figli della confusione dei concetti e dell'imperfetta visione dei rapporii logici fra di essi interferenti, di molti problemi reali diede la soluzione e di molti altri, infine, l'ha resa possibile, additandone l'esatta posizione.

Sembra però che il concetto della responsabilità non abbia soverchiamente attirato, relativamente al suo contenuto, l'attenzione di questi indagatori critici del diritto.

Esso ha continuato a sostenere la sua funzione cardinale nella pratica e nella vita del diritto, la scienza e la filosofia del diritto ne hanno riconosciuto la fondamentale importanza, e perciò si sono date a ricercarne con affanno e tormento, che ancor non si quietano, la giustificazione ed il fondamento, ma non si può dire però che scienziati e filosofi del diritto si siano seriamente preoccupati di vagliarne a luce di critica la vera portata logica e la validità.

Due sono le accezioni più comuni di responsabilità.

Nel senso più ampio, secondo il quale, penetrando nella natura del soggetto, si afferma di esso che è responsabile, questo concetto indica la capacità del soggetto di riconoscersi causa di determinati eventi, che si autoattribuisce e perciò predica come suoi.

In un senso più ristretto — secondo il quale in presenza di un dato evento, contrario alla norma, che, a causa di un determinato nesso, abbiamo attribuito al soggetto, giudichiamo che di quell'evento il soggetto è responsabile — il concetto di responsabilità esprime la condizione di morale necessità in cui viene a trovarsi il soggetto di risentire o di assumere su di sè le conseguenze della violazione della norma [1] prodotta con la propria attività.

[1] Con questa locuzione alquanto contorta vogl'amo accentuare che le conseguenze, che per la responsabilità dobbiamo risentire, sono quelle della violazione della norma e non dell'evento da noi causato. Cioè le conseguenze *artificiali* non le *naturali* del fatto nostro, come si potrebbe anche dire accogliendo l'espressione efficace, sebbene impropria, del CALDERONI (*Forme e criteri di responsabilità* in Rivista di psicologia applicata, anno IV 3 p. 4 dell'estratto). E pur prescindendo dallo speciale concetto di responsabilità subbiettiva, va affermato che ogni responsabilità, di qualsiasi natura, non può essere che ragione di attribuzione di conseguenze poste da un ordine normativo. Il suo fatto induttore potrà essere tutt'altro (la lesione altrui o più generalmente, come noi sosteniamo, l'attività del soggetto) ma il suo effetto non può essere che quello: attribuzione di conseguenze poste da un'ordine normativo. Che se poi si volesse parlare di responsabilità ogni qual volta *il soggetto risente le conseguenze dei propri atti, il concetto di responsabilità nulla esprimerebbe* di più che uno speciale moto circolare della causalità e perderebbe ogni suo specifico contenuto, che pure è posto sin nella sua etimologia. E difatti come è possibile *rispondere* se non a soggetti che con noi comunicano, se non in un ordine di cui siamo parte?

Le due accezioni, dianzi cennate, possono essere perfettamente trasportate al mondo del diritto.

La responsabilità, che or ora nel primo senso è apparsa come attributo del soggetto, nel mondo del diritto appare come attributo del soggetto di diritto. — Qui il concetto di responsabilità apparisce come una nota del più vasto concetto di capacità giuridica.

Personalità giuridica importa prima di tutto capacità di diritto e cioè capacità di potestà e di obblighi. Ed in un significato ampio la responsabilità si presta ad indicare, di fronte alla capacità di potestà o di diritti, la capacità di obblighi, cioè l'altro aspetto del concetto di capacità giuridica. O più precisamente la capacità di restare obbligato dalla *propria* attività.

Con perfetta corrispondenza al significato comune più ristretto su accennato, responsabilità giuridica, riecheggiando la nota definizione romagnosiana, può esser detta la situazione di quel soggetto, che può essere obbligato a risarcire un dato danno ed a subire una data pena, a causa della sua attività illecita o di un determinato effetto di essa.

In questo senso la responsabilità giuridica è lo stato soggettivo di passaggio, il mezzo, tra quello denotato dall'obbligo principale imposto direttamente o indirettamente (cioè attraverso il negozio giuridico) dalla norma, che è stata violata, e quell'altro denotato dall'obbligo sussidiario, sorto come sostitutivo del principale. È quasi la maglia che lega i due obblighi.

Da ciò risulta chiaro che, a nostro modo di vedere, la responsabilità, in quest'ultimo senso più ristretto, non può essere confusa

con l'obbligo o l'obbligazione [1] sussidiaria di riparare il danno o di subire la pena o, il che è lo stesso, con la conseguenza giuridica, « che l'ordine giuridico connette all'attività antigiuridica [2] ».

L'imperativo, come bene osserva il Croce [3], non può essere che categoricamente imperativo. La norma esige categoricamente un determinato contegno, cioè postula un dovere.

Lo stesso è a dirsi della norma giuridica. Tutti gli imperativi da essa ricavabili si impongono categoricamente: tanto l'imperativo ricavabile con la semplice interpretazione logica (« chi con la volontà di uccidere etc. è punito... » imperativo categorico di punire diretto ai giudici), tanto l'altro ricavabile con la ricostruzione finale della norma (non uccidere.. imperativo diretto ai singoli, ed obbligo primario), tanto quell'altro che impone l'espiazione della pena (obbligo sussidiario derivato) [4].

Quindi, considerate in sè stesse, le due condizioni subbiettive, denotate rispettivamente dall'obbligo principale e da quello derivato, non presentano differenza di sorta perchè possa essere loro riconosciuta diversa natura. La differenza, che distingue queste due condizioni subiettive, è puramente estrinseca, quasi riflesso del diverso rapporto con quella situazione di passaggio, che costituisce la mediazione fra l'una e l'altra, cioè con il momento subbiettivo che noi abbiamo più su individuato come quello della responsabilità.

§ 2°) È appena utile rilevare la cardinale funzione tenuta dalla volontà nel comune concetto di responsabilità giuridica in ambo le accezioni or ora indicate.

La responsabilità come capacità di obblighi risulta oltre che

---

[1] PALADINI — *Per uno studio comparativo della responsabilità civile e penale* (Como, 1917) pag. 4.

[2] LEVI — *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico* (Genova 1914) pag. 433). Recentemente però lo stesso autore nei suoi *Saggi di teoria del diritto* (Bologna 1924) p. 126, è pervenuto ad un più preciso concetto di responsabilità, che egli intende « come determinazione delle conseguenze dell'inadempiuta prestazione ».

[3] *Filosofia della pratica* (Bari 1915) pag. 234.

[4] Su ciò si veda oltre al § 8°.

dall'idoneità del soggetto ad intendere l'imperativo della norma, senza di che non potrebbe sorgere la coscienza del dovere, dall'idoneità del medesimo a conformarsi alla norma, senza di che il dovere non potrebbe essere attuato. Quest'ultimo requisito, secondo la concezione tradizionale, si può chiamare libertà o autonomia del volere [1].

Nell'altra più ristretta accezione giuridica il concetto di responsabilità poggia sempre sul fondamento della generale capacità di obblighi e quindi della libertà del volere, che ne appare perciò presupposto necessario. Però in questo più speciale concetto la volontà entra di nuovo in funzione come nesso tra attività e soggetto, come nesso *d'imputazione* alla cui presenza soltanto si può predicare che l'attività produttrice dell'evento dannoso non è fisica modificazione, ma veramente attività, cioè posizione del soggetto, di cui in concreto ed in rapporto a quell'evento si vuole affermare la *responsabilità*.

Si può perciò giudicare che Tizio, uomo responsabile (nel senso ampio), non sia in concreto responsabile (nel senso ristretto) per questo determinato evento da lui fisicamente condizionato ma a lui giuridicamente non imputabile, perchè non lo *volle* o perchè non volle il suo fisico atteggiamento che lo produsse (e ciò esclude l'illecito colposo), o perchè non *volle* l'effetto dannoso che non si rappresentò e non si pose come fine nel momento della volizione (e ciò esclude l'illecito doloso).

Evidentemente l'accennato rapporto tra attività e volontà e, quindi, la funzione essenziale di questa, nel comune concetto di responsabilità giuridica secondo la dottrina tradizionale, vale non soltanto per l'azione dolosa, quanto per la colposa, quanto, secondo l'avviso ormai prevalente, per la contravvenzione commissiva.

È questa un'affermazione che sembra in contrasto col concetto di colpa autorevolmente sostenuto. Difatti dagli illeciti commessi con intenzione, nei quali soltanto l'effetto è voluto, bisogna distinguere quei casi nei quali l'effetto non è voluto, ma tuttavia è previsto ed il momento della colpa non consiste in un volere,

---

[1] Cfr. MICELI — *Principi di filosofia del Diritto* (Milano, 1914) p. 556 e segg.

ma in un sapere. Dai primi e dai secondi vanno ancora distinti quegli altri casi in cui il fatto dannoso è nè voluto nè previsto e la colpa è data dalla circostanza che il fatto avrebbe potuto e dovuto essere previsto ed escluso [1].

La giurisprudenza psicologica tedesca ha tentato di ridurre tutti e due questi tipi di fatti colposi a fatti voluti.

Lo Zitelmann [2] considera la volontà come atto psichico, che agisce immediatamente sui nervi motori ed è causa di un movimento corporale.

Però accanto a questa volontà *immediata* ammette una volontà *mediata*, la quale entra in funzione quando, mediante un movimento corporeo ed una serie causale da esso indotta, si tende a raggiungere un effetto rappresentato come mezzo per la soddisfazione di un bisogno [3]. Tuttavia lo Zitelmann considera come voluti non soltanto l'effetto e i mezzi assunti a produrlo, ma anche tutti gli effetti laterali, che il soggetto previde indotti dal processo causale da lui suscitato, i quali, non essendo stati *non voluti* (altrimenti il soggetto si sarebbe astenuto dall'intera volizione), debbono ritenersi *convoluti* [4].

Anzi, quasi inavvertitamente, lo Zitelmann giunge a conside-

[1] Cfr. LOFFLER — *Die Sculdformen des Strafrechts* (Leipzig 1895) p. 8 e 9. Secondo il VANNINI (« *Responsabilità senza colpa* » *nel diritto penale* — in Riv. Pen. 1921 pag. 401 e segg.) l'ultimo tipo di cui è parola nel testo, quello della colpa inconsapevole, sarebbe al di fuori del sistema della responsabilità subbiettiva e rientrerebbe in quello della responsabilità senza colpa, in quanto colui, che non sa di compiere un'azione imprudente o negligente, non vuole contro la norma, che gli comanda la prudenza e la diligenza, e perciò non la viola. Ma è proprio necessario questo adergersi delle volontà individuale contro la volontà della legge, perchè questa sia violata, o non è piuttosto irrilevante in ogni forma di illecito? È necessaria l'opinione del proprio torto perchè il torto esista? Non è già in colpa chi non ha prestato la diligenza e l'attenzione che *doveva e poteva* prestare?

Se questa deplorevole disattenzione è colpa secondo il concetto accolto dalla legge positiva, se essa suscita quel sentimento di disapprovazione, dall'A. nello stesso lavoro accennato (p. 401-402) e dal LANZA (*La teoria associazionistica della responsabilità penale* stessa Riv. anno 1907 p. 109 e segg.) brillantemente illustrato, che costituisce il fatto fondamentale di ogni giudizio di colpabilità, in base a quale altri criteri si potrà dire che questa disattenzione non è colpa? Ciò notiamo di passaggio poichè qui da noi si cerca soltanto il nesso tra soggetto e fatto colposo commissivo, il quale è indubbiamente costituito dalla volontarietà dell'azione, che naturalmente non è negata neanche dal V., sebbene egli non la riconosca elemento sufficiente a costituire la colpa (p. 411).

[2] *Irrtum und Rechtsgeschäft* — Eine psychologischjuristiche Untersuschung (Leipzig, 1879).

[3] Op. cit. pag. 115.

[4] Op. cit. p. 151.

rare convoluti tutti i conseguenti dell'atto volitivo e del fatto voluto [1].

A questa conclusione giunge esplicitamente il Binding [2], per il quale ogni causato mediante il voluto è voluto.

Ma a prescindere dalle vedute psicologiche di questi due autori, che si sono prestate a molte e legittime critiche, delle quali non è qui il caso di occuparsi, riesce intuitivo che non è possibile estendere l'oggetto della volontà fino al punto di considerare voluti gli effetti soltanto previsti nell'atto della volizione ed anche quelli imprevisti, fossero o non previdibili. Fuori del fine proposto e dei fini subordinati (mezzi), che il soggetto si propone di raggiungere per poter raggiungere quello, null'altro può dirsi propriamente voluto.

Tutti gli effetti laterali, siano essi previsti od imprevisti, sono semplicemente causati dalla volontà, non « voluti ». Per considerarli tali bisognerebbe degradare la volontà, spogliandola di ogni suo elemento peculiare e segnatamente di quello teleologico che le è essenziale, sino a confonderla con la meccanica causazione, cioè con un processo esterno mentre essa è processo psichico-fisico.

Nè la circostanza che un effetto, sebbene non proposto come fine, fu previsto, può indurci a considerarlo voluto, se lo stesso Zitelmann ammette che esso fu semplicemente non « non voluto ». Difatti non è possibile confondere l'oggetto del volere, il fine e motivo, la molla del dinamismo volitivo, il realmente voluto, con quella rappresentazione di un effetto futuro che, pur essendo stata presente allo spirito al momento della volizione, non ne fu motivo ma soltanto condizione negativa, in quanto non la impedì. E, di vero, null'altro che questo è il non « non voluto ».

Bisogna perciò ritenere impossibile la tentata riduzione del fatto colposo a fatto voluto.

Però questa constatazione non contradice alla nostra, poichè l'una riguarda il fatto mentre l'altra l'azione.

Ed in vero solo all'atto competono le qualifiche di doloso e

[1] Op. cit. p. 52.

[2] *Die Normen und ihre Übertretung*, II, 1877 pp. 104-105.

di colposo. Il fatto le riceve per riflesso dell'azione che lo causa. Ma da per se stesso, nella sua obbiettiva materialità di evento esterno, è insuscettibile di quella valutazione.

È l'azione che è dolosa o colposa a seconda del fine che la domina, è dell'azione dolosa o colposa o contravvenzionale che può essere affermata l'essenziale volontarietà.

Ciò è chiaro per quanto ha tratto all'atto colposo, poichè la differenza fra questo e l'atto doloso non consiste nella diversa volontarietà di essi. L'atto di Mevio, che tira contro una siepe pampinosa e sventuratamente uccide Tizio, che vi era seduto dietro, è volontario quanto l'atto di Caio che prende di mira Filano, gli tira contro e ne provoca così la morte. Nell'uno e nell'altro caso si tratta di atti egualmente volontari; la differenza sta soltanto nel contenuto delle due volizioni, nella seconda delle quali, diversamente che nella prima, l'evento dannoso è stato assunto a fine.

Perciò il carattere volontaristico dell'azione colposa non sembra discutibile di fronte alla concezione tradizionale della colpa, sia che l'essenza di questa si faccia consistere in un vizio dell'intelligenza, sia che la si faccia consistere in un vizio della volontà.

Lo stesso è a dire circa le contravvenzioni commissive se si conviene, come è avviso quasi unanime, che la particolarità di questa forma di illecito consista unicamente nella sua punibilità indipendente dal verificarsi dell'evento dannoso o dall'induzione del pericolo di esso, giammai nell'irrilevanza dell'elemento volontario [1].

§ 3°) Ma un esame approfondito in tutti i campi dell'illecito, come è delimitato dalla dottrina tradizionale, dimostra che l'elemento della causalità volontaria dell'evento produttore di responsabilità, se è essenziale per una determinata specie di illecito, non è elemento universale del suo concetto.

Ciò risulta chiaro quando ci si faccia a riflettere sul concetto

[1] Cfr. LANZA — *Studi sulla contravv.* (Suppl. alla Riv. Pen. Vol. V, pag. 18 e segg.) ed il recentissimo studio dell'OLLANDINI — *Teoria generale delle contravvenzioni — L'elemento morale* Rivista penale 1923) p. 203 e segg.

di omissione, a proposito della quale è facile osservare che ciò che è stato omesso, cioè che non è divenuto azione, non può essere stato obietto di atto volitivo, poichè questo esige, immancabilmente, un momento di extraspiritualità che lo perfezioni, senza del quale si avrà desiderio, voglia, velleità, impulso, mai volizione [1].

Di guisachè la realtà dell'omissione verrebbe esclusa dal processo volitivo e respinta nella riposta realtà dello spirito, il che porterebbe alla contemporanea negazione del fondamento volontario di questa figura di illecito e dell'elemento fisico di essa.

Negazione che instaura nel campo del diritto un irriducibile dualismo tra azione ed omissione e perciò un problema, che viene ulteriormente complicato alla luce del principio, *cogitationis poenam nemo patitur*, il quale dalla precedente riflessione, contrastante la natura di volizione al processo puramente interno che non concluda nell'azione, sembra attingere valore di universalità.

Da qui la necessità, avvertita principalmente dai criminalisti, di ridurre l'omissione all'azione al fine di salvare contemporaneamente la validità dei due principi dell'esteriorità e della volontarietà dell'atto illecito.

Invero molto spesso questa riduzione è meramente verbale.

Così nell'Alimena [2] il quale nel « rapporto efficiente e cosciente, tra la volontà *inerte* » dell'omittente « e la violazione giuridica », che ne consegue, vede un'azione. Ove rimane sempre da chiarire come la volontà inerte possa partorire un'azione. Cioè il problema rimane intatto.

Secondo il VANNINI [3] l'omissione consiste nella rinunzia a compiere un atto, la quale è perciò un'irrealtà come fenomeno fisico, come fenomeno volitivo, ma, come coscienza dell'omittente, è una realtà che ha un « valore di condotta e che rappresenta un'entità positiva, su cui il diritto in genere, e il diritto penale in ispecie, costruisce l'atto giuridico ».

Questa veduta, che, a prescindere dalla sua attitudine a ri-

[1] CROCE — op. cit. p. 51 e segg.

[2] *Principii di Diritto Penale* — (Napoli, 1910) Vol. 1, p. 350.

[3] *I reati commissivi mediante omissione*, 1917 p. 24-25.

solvere il problema a cui si riferisce, ha il pregio di mostrare un' intuizione profonda, sebbene non valorizzata, della distinzione tra *atto volitivo* ed *atto giuridico*, tra *attività psico-fisica* ed attività giuridica, in che a nostro avviso è la chiave di volta del problema generale della responsabilità, non può valere come soluzione. Essa esclude che l'omissione sia atto volitivo e perciò da questo lato lascia sussistere il dualismo tra azione ed omissione. Dualismo che non riesce a superare neanche di fronte all' altro principio della necessaria esteriorità od esteriorizzazione dell' atto illecito, poichè, se è vero che la cosciente e libera rinunzia ad un' azione ha un valore come condotta, non è men vero che questa rinunzia rimane sempre una *cogitatio*, un moto puramente interiore, e perciò un momento della nostra condotta morale od intima non del nostro contegno.

Più conducente alla invocata unificazione appare la soluzione che potrebbe dirsi dell' *aliud agere*, nei diversi atteggiamenti ad essa dati dal Luden [1], che per primo la prospettò, al Massari [2], che per ultimo l' ha acutamente riformata.

Si dice dai sostenitori di questa dottrina che, dato che il *soggetto non può essere che attivo, al posto dell' azione omessa* ve ne deve essere un' *altra* e che perciò l' omissione si risolve in realtà in un' azione *diversa* da quella omessa.

Questa soluzione si fonda sul principio dell' inconcepibilità dell' *assenza assoluta di azione che si esprime col giudizio: l'uomo* opera sempre; donde l' impossibilità che si abbia un momento della vita vuoto di azione [3].

Il Massari [4], che nega l' assolutezza di questo principio poi che non riconosce il valore di azione o di omissione, cioè di *praxis* ai moti ed alle intermittenze esclusivamente corporei e meccanici (p. es. atti riflessi arresti fisiologici etc.), al moto ed

[1] *Abhandlungen aus dem gemainen deutschen Strafrechte* (Göttingen, 1° vol. 1863, 2° vol. 1840). Vol. I, p. 479 e segg. e vol. II, p. 250 e segg.

[2] *Il momento esecutivo del reato — Contributo alla teoria dell' atto punibile* (Pisa, 1923), p. 56 e segg. — Si vedano sull' argomento i vari studi del Bonucci e specialmente il suo ultimo « *Volontarietà e causalità nell' omissione colposa* » (Riv. pen. anno 1919 p. 193 e segg.).

[3] Cfr. Croce — op. cit. p. 130.

[4] Op. cit. p. 60.

all' inerzia verificatisi durante taluni stati astenici (sonno, deliquio etc.), all' azione od omissione coatte, insomma a tutta l' attività svoltasi *fuori del dominio del volere, precisa che come al di fuori della sfera del volontario non si può parlare* propriamente nè di omissione nè di azione, così, di conseguenza, non è possibile parlare fuori di quella sfera di convertibilità dell' una nell' altra. Osservazione del resto non estranea alle premesse dell' opinione in esame [1].

Ma la riforma del Massari consiste nella più precisa determinazione dell' *aliud agere*, che secondo lui non è azione *diversa* da quella omessa, ma *inversa*.

È da osservare che il tentativo del Massari ha *in sostanza* il valore di difesa della teoria dell' *aliud agere*, poichè la riduzione dell' omissione all' azione che « ne tiene il posto », si regge solo a patto di poter determinare quest' azione. Ci indugeremo perciò *sull' argomentazione del Massari, intorno a questo che può dirsi* il punto centrale dell' intera teoria.

Il Massari crede di poter giungere allo scopo prefisso considerando l' operazione omissiva dal punto di vista *effettuale* dal quale essa « *si chiarisce come inversa, per il risultato che produce* » all' azione in ipotesi e che è stata omessa.

« La verificazione dell' evento potrebbe essere impedita da talune operazioni atte a deviare il decorso delle cause, che sono *in via di sviluppo: consistano esse in azioni o in energie brute.* Ma il soggetto, che, con una appropriata condotta, sarebbe in grado di venire incontro al processo produttivo, d' intersecarlo, di paralizzarlo, di reciderlo, volge ad altro obietto la sua attività ed esplica un' azione, *che ha le particolari note di essere omologa alle altre cause produttive* dell' evento, in quanto va ad aggiungersi alle medesime ed a cooperare con esse, e di essere inversa all' azione che, se spiegata, avrebbe frustrato l' evento. Codesta è appunto l' azione omissiva: azione dunque riconoscibile: *a)* in quanto *costituisce una fra le molteplici e, ad un tempo, diverse*

[1] Difatti il Croce op. loc. cit. ammette che vi siano dei momenti di morte *spirituale*, perciò simile a quella fisica, in cui l' uomo non opera.

operazioni causative, a, b, c, d.... n, che conducono alla verificazione dell'evento; *b)* e in quanto è tipicamente antagonistica ed inversa ad altre operazioni non svolte che avrebbero impedito l'evento » [1].

Veramente si può molto discutere sul rapporto di causalità tra l'azione, eseguita invece dell'azione comandata ed omessa, e l'evento dannoso.

È stato osservato [2] che l'*aliud actum*, non può dirsi causa dell'evento dannoso e ciò perchè l'*aliud actum*, per es. la passeggiata del ferroviere destinato al disco, non fa certamente parte della serie degli antecedenti necessari dell'evento, il quale, per continuare l'esempio, si è verificato per il cozzo di un treno entrato in corsa nella stazione con un treno ivi fermo, ed in conclusione di una serie di cause alla quale il ferroviere è rimasto completamente estraneo (e ciò proprio per ipotesi, in quanto la omissione è costituita precisamente dalla persistenza nell'estraneità, cioè dal mancato intervento nella serie causale, che il soggetto avrebbe potuto arrestare o deviare dalla conclusione disastrosa).

Come è stato anche osservato che è arbitrario lo staccare lo *aliud actum*, che dà luogo ad un processo causale distinto e separato, per farlo rientrare nel processo causale, che perviene allo evento dannoso.

A queste obiezioni si è risposto che la causa può essere negativa e che non è per nulla strano che un fatto partecipi a due serie causali, chè anzi è evidente che un fatto ha un numero incalcolabile di effetti e può, perciò, partecipare e dare origine ad infiniti processi causali.

La prima risposta è soddisfacente.

Non così la seconda, che è puramente verbale e che forse può bastare soltanto a smaltire l'obiezione, così come è stata sin oggi formulata. Se si analizza con precisione il rapporto di causalità indagato dal Massari si vedrà che esso non corre tra l'*aliud actum*, in cui si vorrebbe risolvere l'omissione, e l'evento dannoso.

[1] Op. cit. p. 67-68.

[2] MENTHA — *Les delits de commission par omission* (Neuschatel 1897), p. 16.

Per tornare all'esempio, guardando *funditus* si chiarisce che lo scontro è avvenuto non perchè il ferroviere se ne sia andato a spasso (perchè *aliud egit*) ma soltanto, e precisamente, perchè egli non manovrò il disco in modo da segnalare la via ingombra (perchè ***hoc non egit***).

Difatti la individualità concreta dell'azione compiuta dal ferroviere nel momento, in cui avrebbe dovuto compiere quella che ha omessa, è indifferente. Sarà andato a zonzo, sarà accorso al letto di un figliuolo infermo, si sarà addormentato. Quello che non è indifferente, ma che è anzi strettamente determinato, è il fatto di aver omesso quella certa azione. Ciò significa che l'*aliud actum* solo per questa sua astratta qualifica, di essere *qualche cosa di altro compiuta mentre ne doveva essere compiuta una certa data, ma per nessuna sua propria determinazione, è collegato col processo causale conducente* all'evento dannoso.

Ciò appare ancora più perspicuo dal ragionamento adottato dal chiaro e più recente espositore di questa teoria per affermare la funzione eziologica dell'omissione, ridotta ad un *aliud agere*. « Essendo l'omissione (si ricordi: ridotta all'*aliud actum*) una condotta attiva e, quindi, fornita di esistenza fisica, temporale e spaziale, essa come qualunque altra azione non tollera che un'azione diversa si dispieghi al tempo della medesima.

« La legge fisica della impenetrabilità, dedotta nel campo delle azioni, fa sì che un processo attivo elimini ogni altra operazione possibile. *E cotesta elisione o eliminazione, ravvicinando l'evento all'azione spiegata, le conferisce la dignità di causa, di vero e proprio elemento generatore dell'evento* » [1].

Argomentazione esatta, ma condotta a conclusione errata dal diverso valore dato al concetto di « esclusione » nei due periodi. È vero che un'azione esclude ogni altra, nel senso che un soggetto in un determinato momento non può assumere che un solo comportamento. Ma non è punto vero che un'azione escluda ogni altra nel senso che sia proprio l'azione effettuata che abbia impedito il verificarsi delle altre.

[1] Op. cit. pag. 71.

Il non verificarsi di tutte le altre azioni, e specificatamente *di quella tale che doveva essere compiuta, come il verificarsi di* quella in fatti compiuta, sono del pari effetto di quell'atto meramente spirituale che escluse *le prime* e scelse *l'ultima* e che magari, aderendo alla teoria attualistica della volontà, non chiameremo volizione, ma opzione, decisione, scelta.

Ben vero che quest'atto sia incluso nell'intero processo di volizione, di azione, che si conclude nell'azione scelta (nell'*aliud actum*). Ma ciò non esclude che, se noi vogliamo determinare la causa del mancato operarsi di quella determinata azione, dobbiamo risalire al momento tutto interiore della scelta o determinazione [1]; ciò non esclude, ancora, che si erri se puramente e semplicemente si affermi che l'azione commessa è la causa dell'omissione di tutte le altre azioni scartate.

E questa riflessione ne richiama un'altra, che attacca alle *fondamenta la teorica in questione*.

È ineluttabile che al « posto » dell'azione in ipotesi, dell'azione omessa, ve ne sia un'altra commessa o, meglio, che il soggetto, nel momento in cui avrebbe dovuto compiere un determinato atto, ne compia un altro, e ciò in forza della ferrea legge della necessità e continuità dell'azione, alla quale il soggetto, finchè vivo, giammai può sottrarsi.

Dimodochè è inconcepibile che il soggetto, anche quando decida di astenersi da un'azione, fatalmente non operi, sebbene in altro senso. Nè più nè meno, come non è concepibile che si sottragga a questa legge immanente della sua natura quando si astrae nella interiore contemplazione, quando si sprofonda nei ricordi, quando popola di fantasmi il suo spirito. Eppure nessuno dirà che la contemplazione, il ricordo, la fantasia si debbano risolvere nelle azioni, che ad essi sono concomitanti.

---

[1] Cfr. BONUCCI (op. cit. p. 209 e segg.) il quale, ricercando il nesso tra soggetto e processo produttore del reato commissivo mediante omissione dolosa, non riallaccia il processo all'azione posta invece di quella dovuta, ma all'atto interiore, che egli chiama *volontario* (questa è questione di parole!) con cui il soggetto, contando sulle forze esterne che vede volgere verso l'effetto dannoso, quelle assume a suoi mezzi. Perciò anche secondo il BONUCCI nel processo causale del reato non rientra l'*aliud actum* ma soltanto la determinazione omissiva.

Si dirà che tra omissione ed azione non si può parlare di *mera concomitanza come tra contemplazione ed azione, che appar*tengono a due attività diverse dello spirito. Difatti nel caso nostro si tratta di unico atto spirituale, poichè la determinazione di non fare un'azione implica la determinazione di farne un'altra e viceversa.

Ma, a prescindere dalla considerazione che se è possibile scindere intellettualmente l'unità dell'atto spirituale per distinguere contemplazione ed azione, ciò dev'essere possibile anche per distinguere omissione ed azione, non è difficile rispondere, come più su del resto abbiamo anticipato, che altro è parlare di identità di determinazione omissiva e commissiva, altro di riduzione dell'omissione (che rimane sempre atto meramente spirituale) all'azione, che si foggia attraverso un ulteriore processo che culmina e si perfeziona in un momento di extraspiritualità.

La teoria dell'*aliud facere*, quindi, non si regge ai colpi di una critica che metta a nudo la fragilità del suo innesto sulle basi filosofiche su cui si aderge.

Però essa ci apre la via alla soluzione del problema, che in verità è semplicissima e si ricava facilmente dai medesimi presupposti.

Dal principio dell'inconcepibilità dell'assenza assoluta di azione si trae quello della necessità e continuità del contegno. Difatti, l'impossibilità che vi sia un istante vuoto di azione induce che il contegno risulta da una serie ininterrotta e piena di azioni.

Perciò l'omissione, che non ostante tutti i tentativi su riassunti rimane quello che è, cioè fatto interiore, puramente psichico, mera *cogitatio*, sebbene non si esteriorizzi in nessuna delle diverse azioni costituenti il contegno, [1] è da questo irrimissibilmente denunciata.

Questa riflessione acquieta tutte le esigenze in ottemperanza alle quali la scienza del diritto, e specialmente la criminalistica,

---

[1] *Contrar.* il DEL VECCHIO (*Il concetto del Diritto, Bologna 1912, p. 25 e segg.*) ritiene che i così detti fatti interni costituiscano da per sè stessi contegno giuridicamente valutabile.

hanno ricorso ai tentativi su accennati di ridurre l'omissione all'azione.

Difatti l'omissione, se è una *cogitatio*, è una *cogitatio* che non sfugge al *forum externum* e che, quindi, può essere valutata dal diritto senza fare, come suol dirsi, il processo alle intenzioni.

Essa, come l'azione, è rilevabile dal contegno. La disformità del contegno dalla norma (ed è quanto basta per dare l'elemento materiale, il *corpus* della violazione) può essere sempre colta esternamente, tanto in caso di azione quanto in caso di omissione. Nel primo il contegno presenterà un'azione disforme dalla norma, nel secondo mancherà di un'azione comandata dalla norma ed il contegno, in definitiva, ne risulterà sempre disforme.

Nè varrà dire che questa configurazione dell'omissione come atto puramente interiore non sia ammissibile, perchè questa figura, priva di qualsiasi momento di extraspiritualità, non potrebbe in alcun modo rientrare nei tradizionali schemi del fatto illecito, non potendosi in essa ravvisare nè l'atto volontario immediatamente produttore della responsabilità (per es. la contravvenzione) nè la causa volontaria dell'evento dannoso.

Ma questo è un voler dare per provato ciò che deve essere provato e che da noi è stato anzi negato, e, ci si permetta, anche un po' creare una questione di parole.

Anche noi aderiamo alla considerazione che male si parli di volizione senza che l'atto interiore si perfezioni in un momento extraspirituale, nell'azione. E ciò per l'impossibilità di concepire una volontà di volontà, simile al serpente delfico.

Ma la dottrina tradizionale, quando afferma nel fatto illecito l'elemento essenziale della causalità volontaria, non ha dinanzi l'affinato concetto di volizione, quale è risultato dall'analisi della più recente critica filosofica.

Essenzialmente la dottrina tradizionale o romanistica, parlando di volontarietà della lesione del diritto, intende affermare l'esigenza che questa lesione sia ricollegabile all'interiorità libera, cosciente e normale di un soggetto, il quale, appunto perciò, è riconosciuto causa imputabile del danno e soggetto responsabile delle giuridiche conseguenze di esso.

Or non vi è proprio nessuna difficoltà a riconoscere causa imputabile del danno e soggetto responsabile il soggetto omittente. Magari, accettando il più preciso concetto di volizione su accennato, non si potrà dire che il soggetto abbia *voluto* l'omissione, ma non vi è dubbio che quel mancato atteggiamento del suo contegno è conseguenza effettuale di un determinato orientamento della sua soggettività e che, perciò, se la mancanza di quell'azione ha prodotto una lesione di diritto, questa gli è ricollegabile come effetto a causa. Nè più nè meno come gli sono ricollegabili le eventuali lesioni prodotte dalle sue azioni.

In questo caso il soggetto, intervenendo nel processo causale con l'atto volontario, avrà agito da causa positiva, nell'altro, in cui si sarà limitato ad una interiore determinazione esclusiva dell'azione comandata che avrebbe tolto l'effetto, avrà agito da causa negativa. Ma nell'uno come nell'altro caso è sempre evidente il nesso tra la moralità del soggetto e gli effetti prodotti, e questi possono essere predicati come propri del soggetto.

§ 4°) La validità di questa soluzione dev'essere saggiata in confronto a quel particolare tipo di omissione, che fu detta *incosciente*, tipo che è sempre apparso il meno suscettibile ad essere inquadrato nei principi comuni agli altri tipi della stessa figura [1]. Un esempio: Tizio, esecutore di lavori stradali, la sera lascia la strada, disselciata ed ingombra di materiale, senza curarsi di rizzare ed accendere il lume di avviso prescritto dai regolamenti, sicuro che la pubblica illuminazione ed il chiarore della luna rendano impossibile ogni sinistro. In questo caso la mancata accensione del lume ed i danni eventualmente da essa seguiti sono riconducibili alla soggettività morale dell'operaio, il quale coscientemente determinò di non accendere il lume.

Invece può darsi anche il caso che Tizio si allontani dal luogo

[1] Il Bonucci (op. cit. p. 214) riconosce in sostanza che non si possa ricostruire un nesso causale tra omissione colposa in genere (non soltanto per quella inconsapevole) e fatto dannoso. Tale omissione, secondo il Bonucci, in senso gnoseologicamente corretto non può essere considerata causa: *la considera causa soltanto il diritto perchè inadeguata ad impedire il risultato*. Il Bonucci giunge a questa conclusione perchè *non accetta il concetto di causa negativa*, da *noi invece accolto*.

del lavoro senza pensare affatto alla necessità di accendere il lume e non vi pensi più sino al mattino, all'ora del ritorno allo stesso luogo.

Anche qui ci troviamo innanzi ad un'omissione colposa. Ma è essa collegabile con la personalità morale del soggetto, il quale non si rappresentò neanche la possibilità di compiere l'azione richiesta e non partecipò al verificarsi dell'evento dannoso neanche con una semplice interna determinazione?

Or è bene escludere subito la qualifica di incosciente attribuita a siffatto tipo di omissioni colpose.

Mentre il soggetto è in stato di incoscienza (p. es. pazzia, ubbriachezza, sonno, deliquio) dalla sua inerzia o dai suoi movimenti disordinati non può essere denunciata alcuna omissione, che del resto è inconcepibile dato che quello stato è, nel sistema della responsabilità subiettiva, considerato come vuoto di attività.

La questione sorge per l'omissione nella quale incorre il soggetto mentre si trova in possesso dei consueti poteri direttivi della propria attività pratica, che però non poterono essere diretti verso l'omissione, perchè il soggetto non si rappresentò l'azione nè, a *fortiori*, la escluse. Si parlerà dunque, più precisamente, di omissione inconsapevole.

Qui, innanzi alla completa assenza di un qualsiasi moto dell'animo a cui attribuire la qualità di causa dell'esclusione dell'atto il cui mancato verificarsi rese possibile l'evento dannoso, ci si sentirebbe indotti e quasi costretti a riconciliarsi con la teorica dell'*aliud actum*.

E veramente l'azione compiuta al posto di quella omessa è l'unico fatto soggettivo che abbia qualche relazione con l'evento dannoso. Ma abbiamo visto che essa non può essere considerata causa dell'evento dannoso, che non condiziona, ed al quale è tutt'al più collegata da un rapporto meramente estrinseco, cioè dal segnare, essa azione, il punto del perenne processo spirituale in cui si sarebbe dovuta inserire quell'altra, che fu invece omessa.

La verità, invece, anche qui è questa sola: che il soggetto o più precisamente, tanto per intendersi, una deficienza del soggetto è la causa imputabile del mancamento di quell'azione, che

il soggetto avrebbe dovuto ed, obbiettivamente, potuto fare, e che sarebbe valsa ad evitare l'evento dannoso. Questa deficienza può essere definita come stato di poca attenzione, di torpore psichico che permise che il soggetto non avesse la vigile coscienza dei propri doveri.

§ 5°) Da questo rapido esame critico tendente a precisare l'influenza e la effettiva partecipazione del soggetto nel fatto determinante la responsabilità, cioè il nesso causale che avvince il primo al secondo, possiamo concludere che da questo punto di vi sta il tradizionale concetto di illecito dà luogo a due figure principali: l'atto e l'assenza di atto od omissione vera e propria.

Nella prima figura rientrano l'azione (atto esteriorizzato) e quelle omissioni che sono effetto di una determinazione (atto interiore), che ha espressamente e coscientemente escluso l'azione comandata. Nella seconda figura di illecito rientrano le omissioni, in cui il soggetto è incorso non a causa di sua determinazione ma di una evitabile e vincibile, e perciò colpevole, tralasciatezza, che lo rese dimentico dei propri doveri.

Da questa conclusione resta perciò escluso che, anche secondo gli schemi tradizionali dell'illecito, la volontà sia la linea lungo la quale dal fatto si risalga al soggetto per affermarne l'imputabilità e conseguentemente la responsabilità.

È soltanto vero che il giudizio di imputabilità e, di conseguenza, quello di responsabilità sono fondati sul riconoscimento di un nesso di causalità tra il fatto dannoso o, generalmente (per farvi rientrare anche la contravvenzione), punibile e l'interiorità del soggetto, alla quale si risale attraverso il *contegno*. Contegno che, nel caso di azione illecita, denuncia l'avvenuta volizione, nel caso di omissione, la mancata volizione dell'azione richiesta, nell'uno e nell'altro, la propria disformità dalla norma.

Come conclusione di questa indagine e coi chiarimenti di cui avanti, si può affermare che il concetto tradizionale di responsabilità (nel senso ristretto) è fondato su quello di imputabilità morale.

§ 6°) Ma per avere intero il concetto dell'accadimento produttore di responsabilità non basta porre in rilievo la nota della

sua causalità morale, la quale, includendo la partecipazione del soggetto, chiarisce l'accadimento come fatto.

Altra nota di questo concetto è l'illiceità.

Ed invero non ogni lesione di un bene giuridicamente protetto, eziologicamente riconducibile alla moralità del soggetto, costituisce fatto produttore di responsabilità.

Ciò la tradizione ha suggellato con la sentenza in ogni tempo riconosciuta: *nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jure non habet.* — Nella quale, come nell'altra: *qui jure suo utitur neminem laedit,* non si vuol certamente negare l'obbiettività *del danno o della lesione, ma la responsabilità in grazia alla* liceità dell'operato dell'agente.

§ 7°) Il concetto dell'illiceità non è esaurito dalla nota della disformità dalla norma giuridica. L'illecito è sempre disforme dal diritto, ma non è illecito tutto ciò che dal diritto è disforme. Questa è una verità, prima che dimostrata intuita, la quale ci si impone con tutta la sua forza quando ci apprestiamo a giudicare di atti che sono indiscutibilmente disformi dal diritto, ed in questo senso ad esso contrari, ma che pure nessuno saprebbe chiamare illeciti. Si pensi ad un'alienazione di immobile convenuta oralmente, ad un testamento sfornito di data, alla concessione di un'ipoteca generale. Eppure questi atti dovrebbero essere ritenuti illeciti se l'illecito si potesse confondere con il disforme dal diritto o se, accedendo ad altra teoria, si *potessero dichiarare illeciti tutti quegli* atti che abbiano la particolarità di eccitare la reazione dell'ordinamento giuridico, la sanzione.

La convinzione di questa impossibilità sta a fondamento della nota teoria del Brunetti [1], il quale, partendo dalla distinzione tra norme giuridiche vere e proprie, che sarebbero soltanto quelle la cui obbligatorietà sia garantita dalla sanzione penale [2] e che *perciò si impongono coattivamente ai soggetti, e regole giuridiche* finali, le quali determinerebbero quali azioni i soggetti debbano

[1] Principalmente in *Norme e regole finali* (Torino 1913), ove è difesa e chiarita la teorica che stava già a base del *Delitto civile* (Firenze 1906).

[2] *Norme e regole finali* p. 90.

compiere se vogliano raggiungere certi fini giuridici [1], caratterizza illeciti soltanto gli atti contrari alle prime.

Ma, come è stato molto giustamente osservato [2], se per coattività *del diritto non si può intendere la necessità fisica della* sua osservanza (chè allora inutili sarebbero le leggi), ma soltanto la esistenza di controspinte (le sanzioni), che ne rendano al soggetto dannosa l'inosservanza, non è possibile restringere il concetto di norma giuridica alla sola norma penale. Per es., anche la norma che impone l'adempimento dell'obbligazione, sotto la minaccia dell'esecuzione forzata e dei danni, si inquadra perfettamente nel *concetto brunettiniano dalla norma giuridica e, conseguentemente,* la sua trasgressione dev'essere ritenuta illecita.

Del resto, se si vuole, anche le norme penali possono essere costruite come regole giuridiche finali, in quanto si può dire che esse determinano gli atti da compiere al fine giuridico di evitare la pena [3].

Questa è constatazione antichissima, in base alla quale, secondo *noi a torto, è stata affermata l'ipoteticità dell'imperativo* giuridico.

Queste due ragioni, che indubbiamente valgono a battere la distinzione posta dal Brunetti e a dimostrare, conseguentemente, l'arbitrarietà della riduzione dell'illecito alla violazione della norma penale, non valgono però a distruggere la constatazione, che secondo noi sta a base di questo brillante tentativo teorico, e cioè che *non ogni disformità dalla norma costituisca illecito.*

E nella costruzione brunettiana vi è ancor questo di vero, che realmente vi sono delle norme (non tutte quelle di cui in questa costruzione si parla!) le quali funzionano da regole finali, in quanto non pongono per i singoli il *dovere* di osservarle, ma solo l'impossibilità di raggiungere mediante atti sforniti di determinati requisiti, e forniti di altri, certi effetti giuridici.

In simili casi, la norma pone soltanto un'impossibilità, per

[1] Op. cit., p. 87-89.

[2] Levi, *Contributi* etc. p. 350-352.

[3] Levi, op. cit: p. 352-353.

così dire, *strumentale*, non un' impossibilità di ordine interiore o morale. Secondo la nota distinzione dello Iellinek [1] si tratta di un potere *(Nichtkönnen)* raggiungere certi effetti giuridici, non di un *non licere* (*Nichtdürfen*) che sia compiuto l'atto.

Avremo in conclusione degli atti disformi dalla norma, i quali saranno, in lato senso, inefficaci, ma non illeciti.

Senonchè, a questo punto, si può chiedere quando la norma ponga un dovere e quando soltanto l'imperseguibilità di certi fini giuridici. Non ce lo dirà la lettera della norma, poichè tante volte essa usa delle formule rigorosamente imperative e proibitive per affermare delle regole, la cui infrazione produce soltanto la nullità dell'atto. Si pensi, p. es., al divieto delle sostituzioni fidecommissarie ed a tutti i « deve » usati nella procedura civile per regolare gli atti delle parti.

Non ce lo diranno le conseguenze, poichè il risarcimento dei danni può essere conseguenza di atti non solo leciti ma espressamente facultati (per es., art. 594 c. c.), mentre la dichiarazione di nullità ha spesso il valore di sanzione, come avviene per tutti gli atti fraudolenti o fondati su causa illecita (contraria alla legge, al buon costume o all' ordine pubblico).

Non ce lo dirà infine la forma logica della norma, giacchè, come è stato opposto al Brunetti, anche la norma penale, la più energicamente imperativa, può essere costruita secondo lo schema della regola finale. Di fatti, come si dice che la norma giuridica non impone il dovere di adoperare la forma scritta per contrarre una compravendita d' immobile, ma pone soltanto la necessità di quella forma, se si vuol raggiungere il fine dell'esistenza del negozio, così, chi trovasse di suo gradimento l'inversione meramente verbale, potrebbe dire che la norma penale non pone il dovere dell' astensione dall' omicidio, ma soltanto la necessità di astenersi da quest' atto se si vuol raggiungere il fine di evitare la pena. È ancora il solito argomento dell' ipoteticità dell'imperativo giuridico che, con la sua equivocità logica, ritorna a proiettare di false luci il mondo del diritto.

[1] *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi* (trad. it. di Vitagliano, Milano 1912) p. 52-57. Si vedano su questo punto i recentissimi chiarimenti del Levi — *Saggi* cit. saggio IV.

§ 8. — La norma giuridica, come ogni norma tecnica, è norma di operare ed, in quanto tale, ha carattere imperativo.

Però, se si scorre una qualsiasi raccolta di leggi, si constata che le proposizioni in essa contenute non si presentano sempre in veste di imperativi. Molto spesso hanno la forma logica di semplici giudizi ipotetici.

In questa veste, però, le proposizioni giuridiche non sono ancora norme. Tali divengono soltanto in quanto le traduciamo in imperativi.

Indagare il perchè di questa traduzione del diritto in termini imperativi e del riconoscimento di questa imperatività significa indagare il fondamento ed il principio del diritto.

Ma non è questo il problema che qui ci proponiamo.

La proposizione giuridica imperativa o tradotta in termini imperativi o cioè, più brevemente, la norma giuridica, presuppone una volontà che l'abbia posta ed in omaggio alla quale la norma stessa, in un secondo momento, imponendosi alla coscienza, diviene effettivamente norma.

In quanto posta, la norma è prodotto di volontà, è volontà obbiettivata, è voluta. Ma, nel secondo momento, cioè quando la proposizione giuridica si impone come norma dell'operare, essa è volizione o comando di una classe di azioni o di omissioni. Volizione astratta e perciò volizione impropria, precisamente perchè non si perfeziona nella concretezza dell'azione, ma è soltanto preparazione delle singole azioni rientranti nella classe prevista [1]

Però questa volizione, sebbene impropria, è comunque attinente al processo volitivo e perciò dominata dal momento finalistico. Difatti, quella classe di azioni deve essere indefettibilmente voluta in vista di un fine.

Così la norma ricavata dalla proposizione giuridica appare come volizione di una classe di azioni e del fine cui le azioni, rientranti in quella classe, tendono, e perciò la coscienza ad essa ossequente ne trae due sorte di comandi: uno che impone determinate azioni, un altro che impone il rispetto al fine.

[1] Croce — op. cit. p. 345-351.

Ne consegue che i destinatari in due modi possono violare la norma giuridica (di questa, quì, ci occupiamo), o non compiendo le azioni da essa prescritte o agendo in opposizione al fine da essa postulato.

In conclusione: se il principio della liceità consiste nel rispetto alla norma giuridica, si cadrà nell'illecito ogni qual volta *se ne negherà con l'azione il contenuto, agendo in opposizione alle* sue prescrizioni ed al suo fine.

È necessario chiarire il concetto di fine. Evidentemente, *parlando di fine postulato della norma, non si parla del fine di colui* che ha voluto la norma nè del fine che normalmente è presente a chi compie le azioni prescritte dalla norma.

Come si rilevò, la norma non attinge la sua specifica natura nè come volontà di colui che la pone nè come volontà di colui che, in obbedienza ad essa, agisce. In ambo questi momenti la norma è volizione concreta: nel primo atto legislativo, posizione della *norma, nel secondo atto lecito e doveroso, osservanza della norma.* Il fine della norma non è perciò il fine a cui tendono queste volizioni.

È il fine della volizione della classe di azioni. Cioè un fine astratto, come astratta è la volizione, un fine che non è fine vero e proprio, come veramente non è volizione la norma. Perciò abbiamo parlato del fine postulato della norma, cioè di un fine ricostruito razionalmente dalla coscienza che accetta l'imperativo e *soltanto* attraverso l'imperativo stesso, chè ogni ricorso in questa ricostruzione a elementi estranei all'imperativo sarebbe assoluta*mente arbitrario.* Si tratta in sostanza di un fine che più precisamente potrebbe essere detto la giustificazione razionale della norma, la *mens*, la *ratio legis* [1].

Esempi varranno a chiarire questo concetto.

« Chiunque, a fine di uccidere, cagiona la morte di alcuno, « è punito con la reclusione, etc. etc. ».

Da questa proposizione giuridica tradotta in termini imperativi si ricava direttamente un comando diretto al giudice: — *Condanna alla reclusione, etc., chiunque, a fin di uccidere, cagioni la morte di alcuno.*

[1] *Cfr.* Bonucci — *Il fine dello Stato* (Roma 1915) p. 11-19.

Ma la norma non può volere la punizione dell'omicida solo per sè stessa. Evidentemente *la norma, disponendo la punizione* dell'omicida, vuol garentire la vita. Ed allora, per chi deve rispettare la norma, sorge un nuovo imperativo: Non uccidere.

« Chi ha contratto un'obbligazione, è tenuto ad adempierla esattamente ed in mancanza al risarcimento dei danni ».

Da questa proposizione trae prima di tutto un imperativo il giudice: — Dichiara chi ha contratto un'obbligazione tenuto ad *adempierla esattamente: in caso di inadempienza condannalo* al risarcimento dei danni.

Ma anche qui si osserva che la volontà della legge non sarà pienamente rispettata *con la dichiarazione dell'obbligazione o con* la condanna al risarcimento.

Il fine della norma, richiedendo questi atti, non è costituito da questi atti stessi. Esso è in realtà l'assicurazione del diritto del creditore a conseguire determinate utilità dal debitore. E perciò da questa proposizione giuridica sarà necessario ricavare un'altra norma diretta ai singoli, che impone loro lo spontaneo rico*noscimento delle proprie obbligazioni* e la loro esatta esecuzione.

Onde accanto all'illecito del giudice, che non dichiari l'obbligazione o non condanni il debitore all'esecuzione od al risarci*mento, avremo l'illecito del debitore, che non riconosca o non* esegua l'obbligazione.

Ancora un altro esempio.

« Sono incapaci di testare:

1°) Coloro che non hanno compiuta l'età di diciotto anni.

2°) Gl' interdetti per infermità di mente etc. ».

Da questa proposizione giuridica il giudice trae la norma: — Se ne sei richiesto, dichiara nulli i testamenti dei minori di diciotto anni, degli interdetti per infermità di mente, etc.

Il fine della norma in questo caso è di far prevalere l'ordine *successorio legale alla volontà dell'uomo, che non reputa* capace di determinarsi con sufficiente autonomia, e questo fine è tale che

vien raggiunto completamente mercè l'azione dell'organo e quindi non può essere per nulla attaccato dall'azione del singolo. In questi casi *la difesa del diritto è ermetica* [1]. Difatti, l'incapace, redigendo il testamento, in nulla viola il diritto, poichè nè la norma gli impone di non far testamento, nè il fine della norma, che rimane automaticamente garantito con la dichiarazione di inesistenza del testamento, è per nulla minacciato. Quindi la confezione del testamento da parte dell'incapace *non è un atto di disobbedienza* alla norma, un illecito. Nell'illecito al massimo sarà l'erede nullamente istituito che vorrà giovarsene, ma costui soltanto perchè con le sue ingiustificate pretese avrà disturbato l'erede legittimo, *se pure, come è questionabile, cade nell'illecito chi promuove un* ingiusto giudizio.

Riassumendo, quindi, per noi illecito non è che disobbedienza alla norma giuridica, nella quale si incorre operando in contrasto o con le prescrizioni o con il fine della norma. Nella prima specie di illecito possono incorrere soltanto i soggetti cui le prescrizioni sono rivolte (normalmente gli organi dello Stato), nella seconda chiunque sia nella possibilità di attaccare il fine della norma.

Questa concezione dell'illecito, oltre ad essere la più confacente *con il buon senso comune*, al *quale ripugna di considerare* illecito ogni sorta di non conforme al diritto, presenta il vantaggio di risolvere o di elidere del tutto alcuni problemi che non potevano essere risoluti in base ad altre concezioni.

*Per es. L'avere escluso la sanzione come caratteristica del*l'illeceità risolve affermativamente il problema della giuridicità di quelle norme sfornite di sanzione, che si incontrano qua e là in tutte le regioni del diritto (ormai gli esempi sono troppo noti perchè valga la pena di ricordarli) e specialmente nel diritto costituzionale. Anzi più precisamente questa soluzione si riverbera sul problema più ampio, da cui quello accennato discende, della essenzialità della sanzione alla norma giuridica. È difatti chiaro che se il concetto di lecito e di illecito può essere dedotto indipendentemente

[1] JELLINEK *op. cit. p.* 53 — « *Il non licere giuridico può essere trasgredito, il non posse* giuridico non lo può essere giammai ».

dall'esistenza della sanzione, la sanzione non è una nota essenziale della norma giuridica. Ed in vero questa è logica conseguenza del nostro modo *di concepire la norma, secondo la sua realtà*, come volizione di classe e perciò in un momento precedente a quello in cui essa si incarna nel processo volitivo concreto, cessando perciò stesso di essere norma e divenendo atto. Nel primo momento, che, ripetiamo, è il momento proprio della norma, la norma, che *impone agli organi dello Stato di punire in un determinato modo* i trasgressori di un'altra norma diretta ai singoli, in nulla differisce da questa, ed ambedue sono reciprocamente autonome e pretendono indipendentemente l'una dall'altra l'obbedienza dei *destinatari. La sanzione interviene susseguentemente, nella dinamica* dell'atto volitivo, nel quale ambedue le norme si trasformano in motivi, consigliando, l'una, di evitare il danno derivante dalla trasgressione, l'altra, il rispetto all'imperativo giuridico per sè stesso.

La sanzione non è perciò una nota del concetto di norma giuridica, è soltanto una funzione che questa può assumere nel processo volitivo.

L'aver isolato il concetto di illecito da quello di sanzione *conferisce molto alla chiarezza del primo.*

È difatti noto che normalmente, eccettuate alcune figure nelle quali si contrasta financo, ma a torto, se si versi nell'illecito (p. es. le contravvenzioni, una obbligazione non avente contenuto pa*trimoniale garantita con clausola penale etc.), non basta il prodursi* dell'atto per dar luogo alla sanzione, ma è necessario che l'atto sia seguito da un determinato effetto, comunemente un danno, costituente l'elemento dell'ingiuria, senza del quale non nasce nè *responsabilità nè, quindi, sanzione.*

Or se la qualifica di illeceità di un atto si potesse far dipendere dall'intervento della sanzione, lo stesso atto potrebbe essere considerato ora come illecito ora come lecito, a seconda che sia o no seguito da un *determinato effetto, il quale, oltre che dall'atto* umano in ipotesi, è condizionato da altre infinite circostanze indipendenti dal volere.

Ciò non è logico. La norma non comanda che atti, quindi

non può essere disubbidita che con essi [1]. Gli atti soltanto sono suscettibili della valutazione *sub specie potestatis et obligationis:* i loro effetti vi sfuggono.

Gli atti perciò o sono illeciti in sè o non lo sono affatto.

E veramente è chiaro che il nostro atto imprudente di tirare, in luogo frequentato dall' uomo, contro una siepe pampinosa non cessa di essere illecito, perchè nessuno ne sia stato danneggiato, non lo diviene maggiormente, perchè dietro vi era alcuno che sia stato colpito. Da quest' ultima circostanza sarà eccitata l' applicazione di un' altra norma che impone agli organi dello Stato di punirmi in un certo modo. Ma l' intervento di questa circostanza non caratterizzerà la nostra azione, la quale è illecita a prescindere da quella, in quanto avrà violato l' imperativo giuridico che ci impone di non condurci in modo da porre in pericolo la sicurezza altrui.

Nella dottrina del diritto positivo è generalmente affermato l'avviso contrario, e ciò perchè si scambia la complessa figura de fatto produttore di responsabilità, che è sintesi di atto e di risultato dannoso, coll'atto illecito, il quale, quando non è esso da solo, indipendentemente dai suoi effetti, fatto produttore di responsabilità, è di questo soltanto un fattore essenziale.

Dimodocchè l' atto illecito è sempre un' entità perfetta indipendentemente dai suoi effetti. Lo è evidentemente quando i suoi

[1] Il Bonucci — (*Volontarietà e causalità* etc. p. 201-204) ritiene che la norma non sia violata se non si produca il risultato che essa vuole escluso. E ciò perchè, secondo questo autore, l' imperativo penale (di questo egli si occupa) non dev' essere ricostruito come comando o divieto di volere un certo risultato, ma come comando o divieto di produrlo. Perciò, ad esempio, l' imperativo che vieta l' omicidio non suonerebbe « non volere uccidere » ma bensì « non produrre la morte di alcuno » cioè « non uccidere ». Per cui, secondo il Bonucci, senza l'effetto esterno della morte, la norma non sarebbe violata. La nostra concezione in parte aderisce a questa veduta, in parte se ne allontana. Riaffermato che noi non sappiamo distinguere tra volere di uccidere ed atto di uccidere, conveniamo che la norma non vieta di *volere* uccidere, se per volere si intende (contrariamente al nostro concetto di volere ed in adesione a quello del Bonucci) l'atto interiore determinativo dell'azione. Ed ammettiamo che la norma vieti il *produrre* la morte. Ma il *produrre-atto, non il produrre-effetto, in quanto l' effetto è fuori di noi e noi non possiamo farlo ma soltanto* causarlo. Cosicchè, quando abbiamo compiuto tutti gli atti necessari per causare la morte altrui, nulla di più possiamo fare per violare la norma. Se la violazione della norma è atto del soggetto, il prodursi dell'effetto predisposto nulla può aggiungere a quell'atto, che è ormai quello che è, ma duò soltanto costituirne condizione di punibilità.

effetti sono indifferenti per l'applicazione della sanzione. Lo è anche quando all' intervento di quelli è subordinato il sorgere dell'obbligo di risarcimento o della pena, perchè l'atto illecito rimane sempre in sè stesso perfetto, e gli effetti sono pure condizioni, rispettivamente, dell' obbligazione e della punibilità.

Per quanto riguarda il delitto penale si insegna, di fatti, che sebbene in alcune figure di reato possa mancare il danno particolare (effetto), tuttavia non possa giammai in alcuna mancare il danno sociale, che indusse il legislatore a colpire il fatto con la sanzione penale.

Ma poichè si riconosce che non è dato al giudice di potere indagare se questo supposto danno sociale si sia effettivamente verificato, ma lo si deve invece presumere tutte le volte che si abbia la violaziene della legge penale, si viene in sostanza ad ammettere che, almeno in siffatti casi, l' atto illecito è tale senza l' integrazione dell'effetto antigiuridico. Ciò è sufficiente per concludere che nel diritto penale l'esistenza del danno (effetto) non si possa considerare come elemento integrativo dell' illecito.

Più reciso sembra l' insegnamento della dottrina civilistica, nella quale la violazione del diritto è considerata irrilevante se non produce un torto da riparare o da risarcire. Ma ciò dipende soltanto dal fatto che nel nostro sistema è inammissibile l'azione che non sia fondata sull' interesse, ragion per cui non è consentita una pura declaratoria di illiceità. Il solo fatto, però, che comunemente si accerta l'illecito indipendentemente dall'esistenza dei danni, è prova che quello è perfettamente configurabile anche senza questo effetto [1].

[1] Dall' abituale distinzione del giudizio avente per obietto il delitto od il quasi delitto civile in due stadi, di accertamento e di liquidazione dei danni, si vorrebbe da alcuno dedurre la possibilità del giudizio di accertamento a prescindere dalla materiale esistenza del danno risarcibile — Chironi — *Colpa extracontrattuale* I, n. 23 e segg. II, n. 402 e segg. Venzi — note alle *Istituzioni di D. C.* del Pacifici Mazzoni IV, (p. 349 e segg.) — Ma il solo fatto che la prova preventiva dell' impossibilità del danno esclude il giudizio di accertamento, dimostra che questo non persegue il fine autonomo di indagare l' esistenza del *factum contra jus* ma il fine di dichiarare la risarcibilità degli eventuali danni da esso causati. Ciò non autorizza però alla conclusione (Giorgi, *Obbligazioni* — vol. V, n. 160 — Brasiello, *I limiti della responsabilità per danni* — Napoli 1923 p. 48) che un illecito non dannoso sia una contraddizione in termini, ma bensì all'altra che è non perseguibile per mancanza d'interesse. Altrimenti, come è osservato nel testo, se davvero il danno fosse elemento costitutivo dell' illecito non si comprenderebbe la possibilità della dichiarazione del secondo senza il previo accertamento del primo.

§ 9°) Or se è vero che la norma giuridica, la quale è regola di contegni umani che vuole risultanti di determinate azioni e carenti di altre, non ha vigore, e perciò realtà, se non divenendo massima dell' umano operare, la liceità dev' essere criterio di valutazione di esso e di esso soltanto. Non può essere criterio di valutazione della pura attività teoretica, come non può esserlo dell'atto umano nella sua entità obbiettiva di evento fisico.

Discende da ciò che nella complessa figura del fatto illecito questa qualifica non è riferibile al processo psicologico (in cui tuttavia, come abbiamo visto, può consistere la causa morale del fatto produttore di responsabilità) sino a che non si incarna, perfezionandosi come atto pratico, nell'azione, come, d'altra parte, non è riferibile all' evento obbiettivo della lesione, se non per riflesso dell'attività umana che lo ha condizionato.

Insomma, lecito ed illecito non può essere che il contegno a seconda che sia conforme o disforme dall' imperativo giuridico. Il contegno cioè l' attività pratica.

Nessuna difficoltà può presentare l'assunzione nella categoria del lecito e dell' illecito dell' accadimento determinatore della responsabilità, quando esso sia l'azione o un effetto di essa. L'azione è il vero oggetto del giudizio di liceità e perciò di essa legittimamente può essere predicata la illiceità.

L'effetto fisico dell'azione, considerato come tale, si chiarisce come *fatto* [1], cioè come sintesi di condotta e di risultato e perciò può essere ricondotto, come l'azione, sotto la categoria del lecito.

§ 10°) Le difficoltà sorgono, anche qui, riguardo all'omissione.

Difatti non è possibile assumere sotto il giudizio di liceità l' omissione la cui realtà si riduce all' atto puramente interiore (esclusione dell'azione comandata) o peggio al mancamento di una rappresentazione, cioè ad un processo spirituale o, più precisamente, a quella serie di modificazioni psichiche che conclusero in una rappresentazione diversa da quella, che avrebbe potuto essere origine di un processo volitivo conducente all'azione comandata.

[1] Sul valore delle espressioni atto, azione, fatto, accadimento si veda MASSARI — *Il momento secutivo del reato*, etc. p. 111-114.

Però queste modificazioni spirituali, costituenti l'unica realtà dell'omissione, oltre ad essere condizioni (e perciò cause) negative dell' evento obbiettivamente lesivo del diritto, perchè eliminano l' intervento di un impedimento al suo avverarsi, sono altrettante condizioni positive dell'azione, del contegno, perchè lo determinano.

Per ritornare all'esempio del ferroviere, è facile scorgere che l'aver dimenticato il segnale opportuno o la divisata esclusione di questo adempimento, avendo tolto una causa (il segnale di arresto) che avrebbe evitato il disastro, sono di questo condizioni negative. Ma si scorge altrettanto facilmente che quella dimenticanza e quella cosciente esclusione hanno anche determinato il contegno del ferroviere poichè esse costituiscono un momento necessario del processo volitivo sfociato nell' azione compiuta dal ferroviere invece di quella comandata. È difatti evidente che il ferroviere in tanto se ne va a far baldoria con gli amici, in quanto ha dimenticato il segnale e ha deciso di non farlo.

Ora, poichè non si può dire dell' accadimento produttore di responsabilità, negativamente causato dal processo omissivo, che esso sia sintesi di condotta e di risultato, dato che la caratteristica della sua eziologia consiste per l' appunto nel mancato intervento della condotta nel processo causale che lo produsse, tale accadimento non potrà essere considerato fatto illecito che per riflesso dell' illiceità dell'azione determinata dal processo omissivo. Per giungere a ciò si dovrà prima di tutto dimostrare la illiceità dell' azione così determinata e poi come quest' azione possa essere congiunta a quell'accadimento per conferirgli la dignità di fatto e per comunicargli la sua illiceità.

§ 11°) Che l'atto, determinato, come già si vide, dall'omissione causante d' altra parte l'accadimento produttore della responsabilità, sia illecito, non vi è dubbio.

A prima impressione si potrebbe provare una certa difficoltà a dichiarare illecito l'atto innocuo o addirittura doveroso compiuto dal soggetto nel momento in cui avrebbe dovuto compiere l'azione omessa. Il ferroviere nell'ultimo momento utile per dare il segnale richiesto può essere immerso nel nobile godimento della lettura,

può essere intento ad adempiere ad un altro suo obbligo. Potremo dire che la lettura o il pagamento di un debito siano degli atti illeciti?

Ma non si tratta che di un'impressione prodotta dalla considerazione che questi atti, come abbiamo più su provato, non sono cause dell'accadimento dannoso.

Infatti, come abbiamo già osservato, la considerazione dell'effetto *dell'atto*, *ai fini della sua valutazione alla luce del criterio* della liceità, non è essenziale.

Il criterio definitivo ed unico per giudicare della lecéità o meno di un'azione ci è fornito dall'esame della sua conformità o *disformità dall'imperativo giuridico*.

Non vi è perciò dubbio che il contegno di colui, che, nel momento in cui, in obbedienza alla norma giuridica, dovrebbe compiere una determinata azione, ne fa invece un'altra, sia contrario alla *norma e quindi illecito*.

Piuttosto bisognerà determinare quale fra le tante azioni costituenti il contegno rivesta il carattere di illiceità, e se essa, per avventura, sia proprio quella che abbiamo visto determinata dal processo esclusivo della azione comandata.

§ 12°) In tesi astratta, la determinazione di quest'azione è semplice. Si tratta di un'azione vietata dalla norma giuridica non per speciali determinazioni della sua entità, che si esprimano perciò come ragioni positive del divieto, ma per una caratteristica estrinseca, che ci esprime come ragione negativa. Si tratta in *altri termini* di un'azione vietata non *perchè abbia* le *caratteristiche* a, b, c.... n. ma *perchè non ha* le caratteristiche a' b' c'... n'.

Cioè l'azione è vietata non per la sua particolare entità ma soltanto perchè non è l'azione comandata, dimodochè ogni altra *azione, che non sia quest'ultima*, è *parimenti vietata. Ciò posto*, è facile indurre che non avremo questa speciale figura di atto illecito sino al momento in cui esista la libertà di compiere o non compiere l'azione comandata dalla legge, cioè sino a quando il comando non sia realmente tale.

Ma, quando il comando diviene attuale, cessa la libertà, su-

bentra l'obbligo, l'azione comandata dev'essere compiuta e qualunque azione diversa è in opposizione a quel comando, è illecita.

Tutto ciò naturalmente vale per quei casi in cui l'azione comandata può essere eseguita in diversi momenti nei quali, perciò, sorge, mancata l'azione, la difficoltà di determinare quale momento del contegno sia affetto da illiceità. Quando l'azione deve e può essere *compiuta solo in un momento determinato*, *nessuna difficoltà* è possibile nella determinazione dell'azione illecita.

Qualche esempio chiarirà subito il concetto.

L'agente della forza pubblica, il quale assista, senza opporvisi, *alla consumazione di un reato, che potrebbe impedire*, *commette* un atto indubbiamente illecito, che è costituito precisamente dal contegno assunto nel momento della consumazione del reato (non si dimentichi che qualunque atteggiamento corporeo, quando è *cosciente* e *voluto*, è pervaso di spiritualità ed ha perciò il valore di attività pratica). Qui non vi è possibilità di errore.

Il dubbio può sorgere invece, per es., quando il debitore lasci trascorrere il termine, che gli era stato concesso per pagare una determinata cosa, senza adempiere l'obbligazione. Quale fra le azioni, che hanno costituito il contegno del debitore in tutto questo periodo, meriterà la qualifica di illiceità?

È chiaro che *illecito è soltanto il contegno o*, *se meglio piace*, l'azione compiuta nell'ultimo momento utile per adempiere. Difatti di nessuna illiceità può essere investito il contegno precedente allo scadere del termine, poichè prima di questo momento il *debitore aveva la facoltà di adempiere o di prorogare (cioè di non* adempiere) l'obbligazione. Tanto vero che l'impossibilità di adempiere l'obbligazione, sopravvenuta nell'ultimo momento utile a ciò, libera dall'obbligazione e cioè, esclusa la illiceità di questo *momento dell'attività pratica, l'illiceità è esclusa completamente*.

§ 13°) Perfezionandosi, per definizione, quest'atto illecito precisamente nel momento in cui il comando di compiere un'altra *azione è attuale*, *nel processo causale psichico conducente all'atto* illecito è necessariamente incluso il processo omissivo dell'azione comandata. Ciò è ovvio, sia che l'azione sia stata l'effetto di una

scelta fra l'azione comandata e quella effettivamente compiuta, sia che essa sia stata effetto della mancata rappresentazione dell'azione comandata, cioè di un processo spirituale in cui questa rappresentazione mancò. È chiaro difatti che questo processo eliminativo, anche se sia prodotto in precedenza, deve tornarsi a produrre nel momento in cui, al posto dell'azione comandata, si compie una azione diversa.

Contro la validità di questa soluzione, che pure è strettamente consentanea alle premesse che abbiamo già poste e saggiate, può essere mossa istanza prendendo argomento da qualche caso di omissione, indiscutibilmente produttiva di accadimento portatore di responsabilità, in cui l'atto illecito nè può esser posto nel momento in cui si attualizza il comando dell'azione in effetti omessa, nè può esser considerato effetto del processo omissivo.

Questi casi si verificherebbero per es. quando il soggetto, abbandonandosi al sonno, all'ubbriachezza, o in altro modo qualunque, si ponga volontariamente nell'impossibilità di compiere l'azione comandata dalla norma.

In questi casi, difatti, non può dirsi che illecito sia l'atto, il contegno tenuto nel momento in cui si sarebbe dovuta compiere l'azione comandata, poichè l'assenza di volontà vieta che si parli di atto, e, comunque, la impossibilità di contegno consentaneo alla norma esclude per il contegno adottato la qualifica di illecito.

Nè l'evento può dirsi effetto del processo omissivo, che eventualmente si sia potuto operare nel soggetto nel momento in cui avrebbe dovuto compiere l'azione comandata, giacchè l'impossibilità, in cui per ipotesi il soggetto si è posto, toglie a quel processo ogni efficacia di determinare il contegno attuale, che è già stato precedentemente determinato.

Ma precisamente l'impossibilità di riscontrare nel momento, in cui si sarebbe dovuta compiere l'azione comandata, e il processo omissivo e l'atto illecito, ci deve far supporre che ambedue questi elementi possano convergere in altro momento, anteriore allo stato di impossibilità provocato.

E, difatti, senza ricorrere alla teorica delle *actiones liberae in causa*, che realmente sembra inapplicabile all'omissione in quanto

essa non presenta un processo esecutivo che si svolga nello stato anormale volontariamente indotto e che perciò sia necessario ricollegare al precedente stato di libertà [1], si osserva di leggieri che in questo caso l'illecito omissivo si è trasformato in illecito commissivo, l'omissione in azione, poichè il soggetto ha causato l'evento ed ha violato la norma, non già omettendo quanto gli era comandato, ma operando in modo da porsi nell'impossibilità di agire nel senso dovuto.

§ 14°) Mentre il concetto del fatto produttore di responsabilità determinato da omissione si costruisce in caso di lesione di diritti, come unica linea causale ai cui termini estremi stiano la determinazione e l'evento allacciati dal nesso dell'azione, ed in caso di semplice disobbedienza alla norma (p. es. contravvenzione), da una linea causale avente per termini la determinazione e l'azione, la stessa costruzione rettilinea non è di massima possibile per il fatto produttore di responsabilità determinato da omissione.

Come si è visto, difatti, la determinazione omissiva da un lato aderisce al processo causale dell'azione diversa da quella comandata, da un altro condiziona negativamente l'evento lesivo del diritto. Ciò naturalmente vale per i delitti penali e civili, per quasi delitti, per le inadempienze contrattuali, insomma per tutte quelle forme di illecito omissivo di cui sia elemento essenziale la lesione di un diritto.

Nei casi, in cui il fatto illecito si riduce alla semplice disobbedienza alla norma mediante omissione, si ha una determinazione, che da un lato fa parte del processo causale dell'azione diversa, da un altro esclude l'azione comandata e la serie causale che questa avrebbe potuto produrre.

Innanzi a questa diversità di struttura sorge il problema della costruzione in unità del fatto illecito per omissione. E, di vero, se, come si disse, il fatto è sintesi di azione e di risultato, mal si potrà parlare di fatto dove si ha bensì un'azione ed un evento, ma questo non è risultato di quella. Difatti, come si vide, l'atto

[1] Conformemente, sebbene per altre ragioni, il MASSARI, op. cit. p. 219.

illecito (l'azione diversa) non è in alcun rapporto causale con la lesione.

Per le stesse ragioni, sebbene l'omissione dia luogo, come il corpo all'ombra, all'atto illecito ed in essa per un momento interferiscano la serie causale dell'evento e dell'atto, non si vede come l'evento, che non può esser considerato *fatto*, possa essere investito dell'illiceità dell'atto.

Ci sembra perciò di poter concludere che, riconosciuta impossibile la riduzione dell'omissione all'azione, il principio della causalità psico-fisica non riesca a dominare il concetto tradizionale del fatto illecito.

Il fatto illecito per omissione gli sfugge irreparabilmente.

§ 15°) L'unificazione del concetto dell'omissione e dell'azione e la costruzione unitaria, vale a dire l'intelligenza del fatto illecito, sono possibili in altro campo e, cioè, non nel mondo della natura, ma nel mondo normativo del diritto.

Per questo, l'omissione e l'azione si riducono al concetto unico di violazione del diritto, la quale non può effettuarsi che mediante il contegno del soggetto.

La necessità di assurgere a tale considerazione, per chi voglia intendere il sistema delle norme del diritto, è assoluta e la dimostreremo oltre. Qui basti osservare che la semplice espressione « fatto illecito » contiene un insanabile sincretismo se il *fatto* viene considerato secondo le categorie con cui conosciamo il mondo fenomenico.

Nel mondo del diritto l'azione, il contegno (che psicologicamente possono essere determinati anche da un processo omissivo di altro contegno) sono qualificati illeciti, e, secondo la dottrina tradizionale della responsabilità, elementi del fatto illecito, non in quanto effetti o cause secondo una valutazione naturalistica di determinati precedenti o susseguenti, ma in quanto inadempimenti di doveri.

E quando all'atto illecito non è riconosciuta immediatamente la virtù di produrre la responsabilità, ma subordinatamente alla produzione dell'evento lesivo di un bene, questo evento non è

collegato a quell'atto, seguendo una valutazione meramente naturalistica. Difatti, anche qui non all'azione od al contegno nella loro individualità naturale si guarda, ma ad essi in quanto inadempimenti del dovere cioè in quanto rendono inefficace quel sistema di divieti e di comandi, di limiti e di interventi, dalla norma previsti e preordinati alla difesa od al raggiungimento dei suoi fini. Cosicchè l'evento dannoso si riallaccerà all'atto illecito commissivo in quanto questo abbia attaccato direttamente il bene, si riallaccerà all'atto illecito omissivo in quanto questo ne abbia distrutta la tutela, che l'ordinamento giuridico aveva comandato e perciò, nella sua realtà, posta.

Questo è il significato profondo, per quanto inavvertito, della dottrina tradizionale che pone a fattori della responsabilità, e del fatto che la induce, la violazione del dovere e la ingiuria, non l'azione e il danno [1], ed a loro nesso la causa giuridica [2] e non semplimente la causa.

---

[1] Sebbene alcune volte l'ingiuria ed il danno siano considerati come elementi distinti del fatto illecito, in realtà il danno non è che un elemento costitutivo dell'ingiuria o addirittura, semplicemente, il profilo economico di essa. L'atto illecito, che è soltanto violazione del dovere giuridico, è entità indipendente dall'ingiuria, sebbene normalmente la produca per la generale bilateralità (generale soltanto, poichè, secondo noi, non è possibile individuare il soggetto delle pretese corrispondenti ai poteri - doveri pubblici attribuiti ai poteri dello Stato) della norma giuridica, che nell'atto di porre il dovere pone il corrispondente diritto Non così il danno, il quale nel sistema della responsabilità subbiettiva perde ogni rilevanza se non è anche ingiurioso Come abbiamo altrove notato (§ 6 di questo cap.), questo è il senso delle massime « *nemo damnum facit, nisi qui id facit quod facere jure non habet* », « *qui jure suo utitur neminem laedit* ». Queste ed altre simili massime non negano l'esistenza del danno nella sua entità economica, ma bensì nella sua rilevanza giuridica di danno ingiurioso o, più semplicemente, di ingiuria.

[2] Tutti gli sforzi delle dottrine giuridiche che cercano la causa legale, imputabile, punibile etc. tendono in sostanza ad individuare nel processo di causalità, che è radiale ed infinito, una serie lineare, di cui l'accadimento da imputarsi e l'atto sono termini.

Il perchè della scelta, fra le infinite linee causali, che conducono all'accadimento, di quella che conduce all'azione umana illecita o imputabile (nel sistema tradizionale della responsabilità subbiettiva le due qualifiche coincidono), il perchè dell'arresto di questa linea nell'azione, mentre potrebbe continuare all'infinito, è dato unicamente dal diritto e dalle sue esigenze.

In questo senso bene si parlerà di una causa giuridica, che di un fatto non può essere che unica e può anche mancare, distinta dalle cause fisiche che sono infinite e necessarie.

Per una profonda analisi del concetto di causa giuridica e per una sua notevole costruzione si veda — Mosca — *Nuovi studi e nuove dottrine sulla colpa nel diritto civile, penale ed amministrativo* (Roma, 1896), p. 19-37.

§ 16°) Esaminando criticamente il concetto tradizionale di responsabilità giuridica subbiettiva, abbiamo in un primo momento indagato dal punto di vista naturalistico quale sia il nesso causale psicofisico che allaccia il soggetto all'evento costituente il fatto induttore di responsabilità, ed abbiamo constatato che in esso non figura sempre la volizione, potendo l'attività del soggetto ridursi ad una semplice determinazione omissiva.

Onde abbiamo affermato che questo nesso si può denominare di imputabilità morale.

Poi, innanzi alla nota dell'illecito, abbiamo dovuto riconoscere che il concetto del fatto illecito sfugge al punto di vista naturalistico, potendo essere costruito solo nel mondo dei valori, e che il nesso, che ne annoda i fattori, è il rapporto di determinazione tra violazione del diritto ed ingiuria, il quale, con figurazione temporale, appare come rapporto di condizionamento o di causalità.

Ma poichè, per quanto si è detto, il nesso di causalità fra violazione ed ingiuria ricopre sempre il nesso di imputabilità morale tra attività spirituale del soggetto ed evento dannoso, ed esso stesso ha per presupposto la volizione, senza della quale non vi può essere contegno e quindi violazione, è certo che il concetto di fatto illecito e, di conseguenza, quello di responsabilità subbiettiva, si adergono sul fondamento della determinazione dell'attività umana in opposizione col comando della norma.

CAPITOLO SECONDO

Il problema della responsabilità senza colpa.

§ 1°) Lo schema della responsabilità senza colpa e sue figure fondamentali. — § 2°) Respon-
sabilità per fatti causati incoscientemente o compiuti nella fondata convinzione del proprio diritto.—
§ 3°) Responsabilità per atti leciti. — Inconcepibilità dell'esercizio di un diritto ledente un diritto
altrui — Negazione della lesione del diritto come presupposto della responsabilità. — § 4°) Respon-
sabilità delle pubbliche amministrazioni per atti formalmente e sostanzialmente legittimi — Respon-
sabiliià per esercizio di diritti ineseritabili senza danno altrui. — § 5°) Erroneità degli esempi di
responsabilità s. c. tratti dagli art. 54 c. c. e 366 c. comm. — La responsabilità del 3° comma
dell'art. 36 c. comm. — § 6°) Responsabilità per fatti altrui e per danni prodotti dalle cose. —
§ 7°) Responsabilità aquiliana degli infanti, dei dementi e delle persone giuridiche — Responsa-
bilità degli enti pubblici per atti illeciti dei funzionari e degli impiegati — § 8°) Responsabilità
penale dei dementi e delle persone giuridiche — § 9°) I dati ed il duplice profilo del problema
della responsabilità senza colpa.

§ 1°) Accanto al classico sistema della responsabilità subbiettiva, fondata sull'imputabilità morale del fatto illecito, è stato dalla scienza del diritto costruito un altro sistema di responsabilità, detto della responsabilità obbiettiva o, più precisamente, poichè la responsabilità denota sempre un momento subbiettivo, della responsabilità senza colpa, nel quale dovrebbero rientrare tutti quei casi in cui, in base a leggi positive, o, comunque, possibili, si fanno ricadere sul soggetto gli effetti giuridici dannosi e passivi (risarcimento, pena) di determinati eventi, indipendentemente dal nesso d'imputabilità morale tra evento e soggetto, ed indipendentemente dall'illiceità, in cui questi possa versare. Anzi, in alcuni casi di siffatta responsabilità, queste circostanze sono *a priori* escluse.

Ritenuto che fattori differenziali della responsabilità subbiettiva sono l'imputabilità morale dell'evento e l'illiceità dell'atto (violazione del dovere) che lo sustanzia o vi dà causa, sono concepibili due sorta di fatti produttori di responsabilità obbiettiva

o senza colpa: fatti non imputabili moralmente al soggetto e fatti causati da atti leciti.

Nella prima categoria sono distinguibili i fatti inimputabili, non solo moralmente, ma neanche fisicamente, perchè al loro accadimento rimase completamente estranea l'individualità psicofisica del soggetto responsabile.

Però siccome in ogni ordinamento giuridico vi sono dei soggetti responsabili, sebbene per loro natura o speciali peculiarità siano incapaci, o tali ritenuti, di volere e perciò di causare moralmente e di disubbidire alla norma, relativamente alla responsabilità di questi soggetti, meglio che di assenza, si può parlare di incapacità di causalità morale e di illiceità. Cosicchè la responsabilità di questi soggetti dà luogo ad una quarta figura di responsabilità senza colpa.

Tracceremo rapidamente nelle loro linee essenziali queste quattro diverse figure di responsabilità senza colpa e rileveremo la loro irriducibilità nel sistema della responsabilità subbiettiva. Ciò facendo avremo in uno affermato la validità del concetto della responsabilità obbiettiva e constatato l'esistenza di un dualismo tra due diversi principî di responsabilità. Il che equivarrà ad aver posto il problema.

§ 2°) L'individualità psico-fisica dell'uomo è capace di modificazioni, le quali, considerate come fenomeni, appaiono come accadimenti, che ne determinano altri.

Queste modificazioni fisiche, quando prorompono dalla volontà dell'uomo, sono quasi una proiezione della coscienza sul mondo esterno, assurgono al valore di azioni ed i loro effetti sono perciò riconducibili all'io, al soggetto, di cui quelle azioni sono posizione e di cui esse portano quasi l'impronta.

Però l'individuo umano può modicarsi anche per impulsi subcoscienti o incoscienti, sonno, epilessia, stato sonnambolico, moti riflessi etc., o per forze completamente esterne alla sua psiche (malattie fisiche) od addirittura al suo corpo (*vis compulsiva*).

Or se agli effetti causati da alcuna di siffatte modificazioni si riconosce dall'ordinamento giuridico la virtù di far sorgere obbligo

di pena o di risarcimento a carico dell'individuo, che ne fu causa fisica, si avrà un caso di responsabilità obbiettiva, per l'assoluta impossibilità di ricostruire il nesso di imputabilità morale tra la lesione del diritto ed il soggetto, che l'abbia materialmente causata.

Esempi di siffatta responsabilità fondata sulla causalità materiale o obbiettiva, come suol dirsi, non mancano. Basta pensare al concetto della responsabilità nel diritto germanico antico [1] ed in genere in tutti i diritti primitivi [2].

Nel diritto italiano vigente si discute se sia ammissibile una responsabilità per danni causati incolpevolmente con la propria persona. In questa categoria rientrano anche i danni provenienti da quei soggetti, che, per la loro condizione fisica o psichica, non possono essere considerati colpevoli, come gli infanti, i pazzi etc.

Qui però ci occupiamo soltanto, come più su abbiamo chiarito, della responsabilità per danni provenienti esclusivamente dalla nostra individualità fisica. A tal riguardo è nota la questione lungamente dibattuta dalla nostra giurisprudenza circa la responsabilità dell'ammalato di morbo contagioso per i danni arrecati all'albergo, nel quale sia andato ad abitare senza sapere del proprio male o nel quale il male sia sopravvenuto. La giurisprudenza, in massima, è per l'affermativa, sebbene sia discorde circa le ragioni del decidere [3].

Veramente ai fini della presente trattazione non interessa fissare se si versi in un caso di danno contrattuale o extracontrattuale, se la responsabilità e l'obbligo di pagare il danno discendano, come fu variamente detto, dalla consuetudine o dalla necessità di interpretare e di eseguire i contratti secondo l'uso e l'equità o piuttosto dai principi generali del diritto.

---

[1] Heusler — *Institutionen des deutschen Privatreschts*. II, pag. 262. Post — *Ursprung des Rechts*, p. 109. Brummer — *Deutsche Rechtsgech*. II, p. 544, 549.

[2] Cfr. Post — *Giurisprudenza Etnologica* (traduzione it. di Bonfante e Longo) I, p. 208, II, p. 151 e segg. Anche il primitivo diritto penale romano, per come fa testimonianza qualche frammento delle XII tavole, era fondato sul principio dell'imputabilità obbiettiva.

[3] Cass. Torino 19 febbraio 1885 (Giur. it. 1885, I, 1, 445) Cass. Roma 26 gennaio 1892 (ib., 1892, I, 1, 525); corte di Genova 7 luglio 1893 (Mon. dei tribunali, 1893, 835) e 12 marzo 1895 (Giur: it. 1895, I, 2, 331); corte di Milano, 19 settembre 1896 (Mon. dei trib. 1897, 434) e 7 luglio 1897 (ib. pag. 893, e Giur. it. 1897, Indice voce Colpa civile, n. 33); corte di Bologna 31 dicembre 1898 (Giur. it. I, 2, 738).

A noi basterebbe che si potesse sicuramente ammettere, nel nostro diritto, questo caso di responsabilità incolpevole per danni prodotti con la nostra persona.

Ma, come egregiamente osserva il Gabba [1], sembra che sotto quest'incertezza della giurisprudenza circa il fondamento positivo del suo avviso, si debba scorgere l'impossibilità di trovarlo. Difatti, se non vi è dubbio che il sistema del nostro diritto positivo, in generale, e di quello privato, in ispecie, è dominato dal principio della responsabilità subiettiva, le norme inducenti una responsabilità obiettiva debbono essere considerate come deroghe e perciò incapaci di estensione a casi analoghi.

Con ciò non si vuol negare che il principio della responsabilità obiettiva, sebbene parzialmente accolto, dia luogo, nel nostro diritto positivo, ad un sistema [2].

Ma, si badi bene, ogni eccezione dà luogo ad un sistema entro il sistema più ampio della regola generale. Si tratta semplicemente di questione di gerarchia, dalla quale dipende la forza di espansione logica delle due regole contrastanti.

Ma anche ammesso, come sostiene il Barassi, che i due sistemi di responsabilità siano nel nostro diritto autonomi e parallelamente accolti dal legislatore, non vi è dubbio che il caso del danno incolpevole prodotto nella persona vada deciso in coerenza del sistema della responsabilità subbiettiva, nel quale si inquadra la responsabilità per « fatto proprio » o dell'uomo, come dice l'art. 1151 C. C., e non in coerenza del sistema opposto, che riguarda la responsabilità per danni prodotti dalle cose e dagli animali e da una categoria particolare di fatti altrui.

Dobbiamo perciò ritenere che il nostro diritto positivo non ammetta nessun caso di responsabilità per danno prodotto col nostro corpo. Ciò non esclude però che per altra via si possa venire, nel caso in esame, allo stesso avviso accolto dalla giurisprudenza. Secondo noi, l'obbligo dell'ammalato verso l'albergatore sarebbe fondato, non sulla responsabilità per danni, ma sull'arricchimento

[1] *Nuove quistioni di diritto civile*, Vol. I, p. 260 e segg.

[2] Barassi — *Contributo alla teoria della responsabilità per fatto non proprio etc.*, in Riv. it. per le scienze giuridiche Vol. XXIV p. 174 e segg.

con detrimento dell'albergatore, e cioè la ragione dell'obbligazione non risiederebbe nell'altrui danno, ma nel proprio vantaggio con danno altrui giuridicamente ingiustificato.

Non è chiaro difatti che l'ammalato durante la sua malattia ha bisogno, e perciò utilità, di abitare una stanza, di usare indumenti e mobili, che perciò stesso debbono restare infetti?

È dunque logico che questo bisogno l'ammalato soddisfi a sue spese, altrimenti si arricchirebbe in danno dell'albergatore, *nam hoc ipso quod non est pauperior factus, locupletior est.* [1].

È inutile osservare che questa soluzione non è applicabile a tutti i casi di danni prodotti col proprio corpo, giacchè non sempre il danno altrui è vantaggio nostro. Si pensi, p. es., al caso, esemplificato dal Venezian, che alcuno, scivolando sul lastrico, lordi del proprio sangue, gli abiti di una signora che passa.

Ma da questa osservazione non si può indurre altro che siffatti danni sono per il nostro diritto irrisarcibili e che negli ordinamenti, in cui per regola i danni provocati col proprio corpo producono obbligo di risarcimento, quest'obbligo è a titolo di responsabilità incolpevole. Così, p. es. nel Codice Civile tedesco, nel quale la responsabilità per danno prodotto col proprio corpo è affermata sotto il generale disposto del § 829, che così testualmente si esprime: « chi non è responsabile [2] del danno, cagio-

[1] La soluzione adottata nel testo presuppone la risposta affermativa all'ardua questione sull'esistenza nel nostro diritto positivo di un'azione generale di ingiustificato arricchimento, che è invece strenuamente contrastata (si vedano in questo senso Nattini — *Appunti sulla natura giuridica dell'atto necessitato* in Riv. di dir. comm. anno 1911, I, p. 713-719 e gli autori ivi citati). Noi riteniamo che dalle numerose norme esistenti nei diversi campi del nostro diritto privato (p. es. art. 450, 705, 1018, 1144, 1150, 1243, 1528, 1743, 1842 etc) sia legittimo trarre un principio generale secondo il quale non è ad alcuno consentito di arricchirsi, senza giustificazione giuridica, a danno altrui (oltre alla bibliografia comunemente citata si veda in argomento, Scuto — *Natura giuridica e fondamento della ripetizione dell'indebito nel diritto civile italiano*, in Riv. di dir. civ. anno 1917, p. 151 — sebbene ci lasci molto perplessi la tesi principale del dottissimo studio, poichè ci sembra che, essendo il pagamento un contratto, la *repetitio indebiti* si fondi sulla nullità di questo contratto per assenza di causa e non sul principio dell'indebito arricchimento.

[2] La contrapposizione tra responsabilità ed obbligo di risarcire i danni cagionati senza dolo nè colpa, lascia supporre che nel concetto dei compilatori del codice tedesco quest'obbligo fosse semplicemente legale e non fondato su la responsabilità. Ma le opinioni scientifiche del legislatore non sono... leggi.

nato senza dolo, nè colpa, lo deve tuttavia risarcire, in quanto lo esigono l'equità e le circostanze di ambo le parti, ed in guisa che non gli venga reso impossibile un decoroso adempimento dei suoi obblighi alimentari verso altra persona ».

Altri casi di responsabilità incolpevole, raggruppabili con quelli or ora accennati, si profilano quando è imposto obbligo di risarcire i danni inferti con atti assistiti da apparente liceità, compiuti nella sincera e fondata opinione del proprio diritto e che poi si appalesino lesivi del diritto altrui. In siffatti casi gli atti dannosi, sebbene siano pienamente volontari, tuttavia non sono imputabili ad una viziosa determinazione del soggetto poichè, per ipotesi, manca anche quella colpa più tenue, consistente nel non aver preveduto ciò che poteva e doveva esser previsto. Perciò i danni sono riconducibili ad un atto volontario ma non colposo, quindi ad una causa non imputabile.

Sulla responsabilità incolpevole è fondato l'obbligo del succumbente di pagare le spese del giudizio, cui può aver dato luogo con sincero e fondato convincimento di ragioni, che possono financo aver trovato accoglimento in uno o più gradi di giurisdizione [1]. Del pari nessuna colpa è imputabile a chi, convinto del proprio diritto, si avvalga di una sentenza fornita di clausola di provvisoria esecuzione o esecutiva, di un sequestro conservativo, di un interdetto di nuova opera, che poi vengano revocati, producendo in colui che li eseguì l'obbligo di risarcire i danni [2]. Come nessuna colpa è addebitabile all'erede obbligato a risarcire al legatario l'*aestimatio* della cosa che egli, ignaro del legato, abbia distrutto con la convinzione di disporre di cosa propria (arg. dall'art. 893 c. c.) [3].

---

[1] Il VENEZIAN (*Danno e risarcimento fuori dei contratti*. Vol. I delle *Opere giuridiche* — Roma 1919) includeva questo, come gli altri casi simili citati nel testo, nel sistema della responsabilità obbiettiva. Difatti ad essi è fatto cenno sull'indice, in corrispondenza delle pagine o non scritte o soppresse. Cfr. anche PALADINI, op. cit. p. 100-101.

[2] Opere e luoghi citati.

[3] PACIFICI-MAZZONI — *Successioni* VII, p. 270. GIORGI — *Obbligazioni*, Vol. VIII, n. 133, Vol. 2, n. 146 149, Vol. V, n. 113. ATZERI-VACCA — *Considerazioni storico giuridiche sul risarcimento dei danni e specialmente sul risarcimento dei danni causati senza colpa*. (Cagliari, 1894). Concorde nella soluzione qui accolta tutta la dottrina francese dal POTHIER al LAURENT.

§ 3°) Un'altra figura di responsabilità senza colpa, generalmente ammessa, è quella nascente da atti leciti.

Considerato che, come si vide, l'illiceità dell'atto è fattore essenziale della responsabilità tradizionale a fondamento subbiettivo, la responsabilità nascente da un atto lecito avrebbe sempre il fondamento volontario ma, per l'assenza della nota dell'illiceità, rientrerebbe nel sistema della responsabilità senza colpa.

Questa, della responsabilità per fatto lecito, è una figura che richiede molti chiarimenti, anche perchè il suo profilo è rimasto alquanto deformato dal continuo sforzo di adattarlo a figure analoghe ma diverse.

Va preliminarmente osservato che se l'atto lecito è, per definizione, posto nei limiti della norma, e perciò nella sfera del *nostro* diritto, non si comprende come esso possa offendere il diritto altrui. È una necessità di concetto riconoscere che l'atto lecito non possa produrre lesioni di diritto.

Si è tentato di conciliare l'atto lecito con la lesione di diritto configurando la collisione di diritti, che si avrebbe allorquando l'esercizio di un diritto non fosse possibile senza il sacrifizio di un altro [1].

In questi casi, si dice, se il contrasto, che li immobilizzerebbe ambedue, è dalla legge risoluto facendo prevalere l'uno dei diritti ed imponendo l'obbligo di compensare il danno subito con la diminuzione o l'annullamento del diritto succumbente, si concretizza l'ipotesi della lesione di un diritto causata dall'esercizio di un altro, cioè da un atto lecito. E si citano gli esempi dell'inseguimento delle api sul fondo altrui (art. 713 c. c.), dell'acquedotto (art. 596 c. c. e segg.) e del passaggio forzoso (art. 592 c. c. e segg.) dell'espropriazione per pubblica utilità, diritti, il cui esercizio induce il sacrifizio dell'altrui diritto di proprietà e l'obbligo di risarcirlo.

In senso proprio la collisione di diritti è inconcepibile perchè il sistema del Diritto intanto è un sistema, in quanto è ar-

---

[1] ATZERI-VACCA — op. cit. p. 17 e segg. COVIELLO — *La responsabilità senza colpa*, (Rivista italiana per le scienze giuridiche, Vol. 23 p. 209) i quali si richiamano alla dottrina dell'UNGER.

monico, e lo si immagina come volontà dello Stato proprio per esprimerne l'unitarietà. Il contrasto tra due norme dello stesso sistema è impossibile. Se storicamente esiste, l'interpretazione logica lo distrugge. Di due norme, per avventura contrastanti, l'una o l'altra deve essere esclusa dal sistema e, se nessuna delle due riesce a prevalere, in modo da scacciare l'altra, si elidono a vicenda [1].

Ma nel caso in questione è chiaro che si parla di collisione, e quindi di sacrifizio e di lesione di diritti, in senso traslato. In senso empirico per il legislatore non vi può essere nè collisione, nè sacrifizio di diritti, poichè questi non esistono prima che egli li ponga. E se li pone e poi li nega, li abroga, non li lede.

Al legislatore possono presentarsi soltanto dei contrasti d'interessi, che egli risolve nella legge. E realmente nei casi in esame vi sono semplicemente degli interessi contrastanti, di cui uno solo diventa diritto. Colui che può disporre di un'acqua ha interesse ad edurla nel suo fondo attraversando, ove sia necessario, il fondo altrui, mentre il proprietario di quest'ultimo avrebbe interesse a respingere ogni diminuzione al godimento della sua cosa. La legge fa prevalere il primo interesse, quello solo è diritto ed il suo esercizio limita, ma non lede il diritto di proprietà sul fondo attraversato.

Dall'esercizio dell'acquedotto, come dalle altre facoltà cui abbiamo accennato, il diritto di proprietà non è affatto violato, giacchè nessuna estranea irruzione è avvenuta nella sua sfera, che non è più quella dell'assoluto ed esclusivista dominio quiritario, ma è invece limitata, oltrechè dal supremo diritto della collettività, da alcuni diritti, che l'ordinamento giuridico crea ai singoli, in omaggio all'importanza sociale degli interessi che vi stanno a base.

Tali diritti, o facoltà, spostano i confini del diritto di proprietà e perciò stesso non li invadono. Cosicchè le indennità dovute da coloro, che esercitano simili facoltà, costituiscono corri-

[1] Sull'*interpretatio abrogans*, cui è fatto cenno nel testo, si veda per tutti COVIELLO — *Manuale di Diritto civile*, (Ed. II, Milano 1915) p. 78 e 79.

spettivo del danno subito dal proprietario parzialmente espropriato e non riparazione del suo diritto leso.

Le stesse considerazioni trovano luogo, se si esamina la responsabilità dell'Amministrazione espropriante per pubblica utilità [1]. Anche qui, se non ci si fermi all'ingannevole suono delle parole e si penetri invece nell'essenza del concetto, si vedrà che in questo, come in tutti i casi configurati e configurabili di responsabilità per atto lecito, non vi è affatto collisione di diritti, di cui uno ceda all'altro. La verità è che esiste il diritto della Pubblica Amministrazione ed espropriare, con le dovute forme, a fini di pubblica utilità e con obbligo di pagarne il giusto prezzo, la proprietà privata, e che il diritto di proprietà non è leso affatto dall'esercizio del diritto dell'Amministrazione, dal quale è logicamente limitato.

Sicchè l'obbligo dell'Amministrazione di pagare il giusto prezzo della cosa espropriata o, se meglio piace, l'indennità di espropriazione, non ha il carattere di riparazione della lesione del diritto di proprietà, poichè nessun diritto fu leso, e tende soltanto a compensare la perdita subita dal privato al fine di evitare, per quanto è possibile, che il comune vantaggio si raggiunga col sacrifizio di un solo.

Ci sembra perciò di poter concludere che, se si vuole inquadrare l'obbligazione di risarcire i danni prodotti da atto lecito nello schema della responsabilità senza colpa, bisogna rinunziare a ritenere che il fatto produttore di responsabilità debba per essenza rivestire la qualifica di lesione di diritto. E ciò contrariamente all'insegnamento del Venezian [2], il quale, com'è noto, pone a fondamento della responsabilità il *torto*, cioè proprio la lesione di diritto.

Volendo identificare la comune caratteristica obbiettiva [3] delle obbligazioni determinate dai vari casi di responsabilità, che

[1] Anche l'espropriazione forzata è comunemente considerata come causa di responsabilità senza colpa. ATZERI-VACCA, op. cit. pp. 23 e segg. COVIELLO — *La responsabilità senza colpa*, cit. p. 200. PALADINI, op. cit. pp. 89 e segg.

[2] Op. cit. p. 18, 32 e passim.

[3] Cioè la caratteristica dedotta dalle peculiarità dell'evento che la produce, senza considerare *come ed in quanto l'evento si possa riconnettere al soggetto responsabile*.

la scienza del diritto raggruppa nel sistema della responsabilità senza colpa, si potrà soltanto dire che esse traggono origine dall'obbiettività del danno.

E, con speciale riguardo alla responsabilità senza colpa nel campo del diritto privato, si dirà che le obbligazioni da essa nascenti hanno la caratteristica e la funzione di risarcimento di danno.

Così, avendo riguardo al solo fattore obbiettivo e prescindendo dai fattori subbiettivi (nella cui identificazione sta tutto il problema), si potrà affermare che la figura della responsabilità senza colpa, mentre può da un lato estendersi sino a comprendere i casi in cui è imposta la riparazione di un danno, anche se questo non riveste la qualifica di lesione di diritto, dall'altro respinge da sè le obbligazioni da indebito arricchimento, le quali, sebbene condizionate dal danno altrui, non trovano la loro causa e la loro misura in questo, ma bensì nel vantaggio dell'obbligato [1].

---

[1] Riteniamo perciò che, *de jure condito* (almeno per il nostro diritto), non vada inquadrato nel sistema della responsabilità, nè per colpa nè senza colpa, l'obbligo di risarcimento di danni provocati all'altrui patrimonio od all'altrui persona al fine di salvare altre cose od altre persone da più gravi e dannosi pericoli derivanti repentinamente dalla natura o dall'impellenza dell'atto illecito di un terzo. E ciò perchè, posta la liceità dell'atto e posto che la legge non fa al danneggiante od al terzo, che del danneggiamento si sia giovato, l'obbligo di risarcire i danni, questo, secondo i principî, non può derivare che dall'indebito arricchimento con l'altrui danno, come nel caso specificamente contemplato all'art. 647 C. Comm.

Respingiamo l'opinione dell'Unger che simili fatti non siano dalla legge nè permessi nè autorizzati perchè cadrebbero fuori del regno del diritto, che verrebbe sospeso dalla necessità. Crediamo invece che nel momento della necessità (qui evidentemente si parla di necessità morale, che limiti la libertà del soggetto ma non la annulli, altrimenti non sarebbe distinguibile lo stato di necessità dalla forza maggiore [si veda su ciò G. Chironi — *Lo stato di necessità nel diritto privato*, Torino, 1906, p. 16, 21] il dominio del diritto non si sospenda, se può financo divenire più rigoroso: si pensi ai doveri del militare in guerra, del medico durante le epidemie, dei conduttori di veicoli e di trasporti in caso di disastro, della forza pubblica di fronte al reato. In caso di necessità cessa soltanto il diritto ordinario ed impera il diritto di eccezione, che può obbligare all'eroismo come autorizzare o rendere addirittura doverosi atti altrimenti vietati. Pur senza fondarci completamente sulla molto discussa teorica che pone la necessità come fonte insopprimibile di diritto, e respingendo l'altra, infondata in diritto positivo, secondo la quale sarebbe lecito per la conservazione di un interesse maggiore sacrificare, nei limiti dello stretto necessario, un interesse minore (Coviello L. — *Lo stato di necessità nel diritto civile*, in *Filangieri* 1898, p. 10, 11), va osservato che è proprio il concetto positivo di colpa, accolto nel nostro sistema, che esclude che possano essere ritenuti illeciti gli atti imposti da necessità, alla quale non ha obbligo di resistere quel mediocre uomo a cui è nel nostro codice civile generalmente commisurato ogni dovere. Con ciò non intendiamo dire che lo stato di necessità funzioni da causa discriminante (che del resto nel nostro

§ 4°) Il caso più tipico di responsabilità per atto lecito si ravvisa comunemente nella responsabilità delle pubbliche Amministrazioni per i loro atti formalmente e sostanzialmente legittimi, che ledano un diritto privato [1]. Prototipo di questi atti è l'espropriazione per pubblica utilità, della quale si è già fatto discorso. Ma, come si disse, va solo rettificato che non si tratta di lesione di diritti, poichè il diritto dell'Amministrazione esclude un diritto contrastante del singolo.

Più precisamente si dirà che tali atti dell'Amministrazione funzionano da fatti risolutivi o trasformativi o limitativi dei diritti privati, coi quali sarebbero in potenziale contrasto, di modo che non vi è cozzo di diritti, che è inconcepibile, ma soltanto reciproco adattamento e giusta posizione di essi. Così, volendo nel sistema del nostro diritto colpire la differenza tra atti amministrativi legittimi, che producono nell'Amministrazione obbligo di risarcimento, ed atti della stessa specie non produttivi di questo effetto, non si dovrà ricorrere alla solita contrapposizione tra atti legittimi lesivi di semplici interessi ed atti legittimi lesivi di diritti soggettivi, ma bensì all'altra più vera tra atti lesivi di interessi ed atti che modificano od annullano preesistenti diritti soggettivi.

Oltre agli atti legittimi, sono stati ravvisati nell'ambito degli ordinamenti giuridici moderni così numerosi casi di atti leciti produttori di responsabilità per i danni con essi causati, che non è mancato chi abbia tentato di sistemarli in gruppi [2].

In un primo gruppo rientrano gli atti e i fatti posti in essere

---

codice civile non è ammessa). Chè allora, come ben afferma il Nattini — (*Appunti sulla natura giuridica dell'atto necessitato*, in Riv. di Dir. Comm. anno 1911, I p. 710) si dovrebbe distinguere caso da caso, ed a seconda della diversa resistenza psichica o morale dei singoli soggetti. Noi riteniamo invece che l'ipotetico dovere di non procurare la salvezza propria o della propria cosa a rischio od a danno della persona o della cosa altrui nei casi *eccezionali* anzicennati, come, p. es., incendio, naufragio, terremoto etc. (non tentiamo neanche di determinarli) cada al di là del dovere dell'agire in buona fede (senza dolo), prudentemente e diligentemente (senza colpa), regola comune nei rapporti extracontrattuali.

Quanto all'ammissibilità di un'azione generale di indebito arricchimento si veda retro a pagina 45 n. 1.

[1] Atzeri, op. cit pp. 23 e segg. (si veda anche la dottrina ivi citata). — Coviello, op. cit. p. 200. — Paladini, op. cit. pp. 87 e segg.

[2] Paladini, op. cit. pp. 98 e segg.

nell'esercizio di diritti non esercitabili senza danno altrui. Si annoverano fra questi, oltre all'inseguimento delle api nel fondo altrui, al passaggio, all'accesso ed all'acquedotto forzato, di cui è già stata fatta parola, le opere idriche consentite dall'Autorità Giudiziaria non ostante il danno provocato al vicino (art. 528 c. c.), il prosciugamento del fondo paludoso, ove non si possa eseguire, senza danneggiare colui che abbia diritto alle acque (art. 612 c. c.), l'appoggio o l'infissione di chiuse alle sponde di corsi o di bacini d'acqua lambenti il fondo altrui (art. 613 c. c.).

In questo gruppo trova posto anche l'esercizio di industrie insalubri o dannosse autorizzato dai regolamenti e da particolare concessione dell'autorità amministrativa, il quale, secondo l'insegnamento ormai pacifico della scuola e del foro, non può essere rimosso, ma dà luogo al risarcimento dei danni prodotti ai vicini e ciò per il riflesso che i regolamenti e le concessioni dirigono l'attività dei singoli nell'interesse pubblico ma, tranne espressa disposizione di legge, non pregiudicano il diritto dei terzi ad aver risarciti i danni loro prodotti dai fatti così autorizzati [1].

§ 5°) Tra gli atti leciti capaci di produrre responsabilità incolpevole si ascrive anche l'esercizio di talune facoltà contrattuali e precontrattuali. Sono notissimi gli esempi, addotti dalla generalità degli autori, della responsabilità per la non mantenuta promessa di matrimonio senza giusto motivo (art. 54 c. c.), per revoca di proposta o di accettazione nel contratto tra persone lontane, prima del perfezionamento del contratto e dopo che l'altra parte ne abbia intrapreso l'esecuzione (art. 36 c. comm.), per revoca del mandato commerciale senza giusta causa (art. 366 c. comm.).

Si è detto [2] che questi casi configurino il mancato adempimento di « talune obbligazioni non perfette o non bene determinate, che si ha diritto di non osservare ».

[1] Su queste ragioni fonda il FERRINI — (*Delitti e quasi delitti*, nel Digesto italiano, § 95) l'affermativa della responsabilità dell'esercente. La giurisprudenza generalmente deduce la stessa soluzione dall'interpretazione estensiva dell'art 574 C. C.

[2] PALADINI, op. cit. p. 98.

La poca chiarezza e la nessuna precisione, con cui è indicata questa classe di presunti atti leciti, è già un grave indizio dello equivoco, su cui è fondata la loro qualifica di liceità.

Può esistere l'obbligazione non perfetta e non *ben* determinata? L'obbligazione o è o non è. Se non è, non è possibile nè osservarla nè violarla. Se è, il suo inadempimento è un atto illecito.

Con maggior rigore scientifico la liceità di siffatte manifestazioni di volontà risolutive del contratto od ostative alla sua conclusione si deduce dalla considerazione, che l'esercizio di facoltà conferito dall'ordinamento giuridico non può essere ritenuto illecito [1].

Ma va subito osservato che male si argomenta della liceità di un atto dalla sua efficacia a raggiungere gli effetti giuridici a cui tende. Non sempre il *non licere* coincide con il *non posse*. Difatti non sempre l'ordinamento giuridico si difende contro gli atti illeciti negando loro efficacia giuridica. Lo stesso art. 36 c. c. ci offre di ciò un esempio evidentissimo. È difatti quasi pacifico nella dottrina e nella giurisprudenza che la revoca della proposta, operata in ispreto all'impegno di non revocarla entro un determinato termine, produca la responsabilità del revocante per i danni provocati all'altra parte, ma impedisca tuttavia il perfezionamento del contratto [2]. Abbiamo cioè un atto, indubbiamente illecito, che ciò non ostante è dalla legge ammesso a produrre tutti i suoi effetti.

La liceità di un atto non si deve perciò dedurre dalla sua validità e dalla sua efficacia, ma soltanto dalla sua perfetta conformità al dovere giuridico e dalla conseguente peculiarità di non essere lesivo dell'altrui diritto.

Scendendo, sulla base di queste premesse, all'esame dei singoli casi, per quanto riguarda la responsabilità per rifiuto ingiustificato alla celebrazione delle nozze promesse, osserviamo che essa non può dirsi dipendente da atto lecito unilaterale [3].

[1] MOMMSEN — Erörterungen, II, pagg. 132-135 cit. da COVIELLO L. op. cit. c. 526.

[2] Cfr. per tutti MAIORANA G. — *Delle convenzioni tra persone lontane*, (Palermo, 1913) p. 99.

[3] PALADINI, op. loc. cit. — Il BIANCHI (*Corso di diritto civile italiano*. Ed. II, vol. V, n. 25), sul presupposto della nullità del contratto, considera il mancamento alla promessa come atto illecito

Invero la legge, al fine di garentire la più ampia libertà del consenso, nega alla promessa di matrimonio la virtù di produrre « obbligazione legale a contrarlo o ad eseguire ciò che si fosse convenuto pel caso di non adempimento ». Ma ciò non toglie che gli sponsali siano un contratto valido, capace di produrre le obbligazioni *non escluse ed, anzi, ammesse dalla legge, come il risarcimento* delle spese fatte, a causa del matrimonio promesso, dal fidanzato ingiustamente abbandonato.

La fonte di quest' obbligazione è perciò nel contratto. L' unica questione possibile è quella sulla natura di quest' obbligazione e cioè se si debba considerarla come obbligazione contrattuale diretta o principale [1], o come obbligazione vicaria sorta dall'inadempimento di quella.

Resta cioè ad indagare se la promessa di matrimonio si debba costruire come un contratto condizionale, che assicuri reciprocamente le parti del pagamento delle sapute spese nel caso di ingiusto rifiuto a celebrare le nozze, o piuttosto come reciproca promessa *di contrarre matrimonio con responsabilità per inadempimento* limitata, *ope legis*, al risarcimento delle spese.

La prima costruzione del contratto è artifiziosa ed in evidente contrasto con il fine normale o obiettivo di esso.

La seconda sembrerebbe a prima vista contraddetta dalla legge che esclude che la promessa di matrimonio possa produrre « obbligazione legale » di contrarlo. Ma invece è proprio l' analisi ap*profondita di questa espressione l'argomento, su cui si fonda* quest' ultima costruzione.

È difatti questo uno di quei pochi casi in cui la distinzione concettuale tra debito e responsabilità può apportare qualche lume nell' interpretazione della legge.

Il legislatore all'art. 53 c. c. si esprime in modo da far intendere che suo fine sia quello di escludere, piuttosto che l'obbligazione stessa, le più gravi conseguenze del suo inadempimento,

extracontrattuale. La soluzione gioverebbe alla nostra tesi, ma non l'accettiamo, perchè non ci persuade *come mai la legge riconoscerebbe degli effetti ad un contratto nullo e* di questo prescriverebbe financo le forme essenziali, subordinando ad esse la produzione di quegli effetti.

[1] Così il Coppola — *Promessa di matrimonio e sponsali* (in Digesto italiano) p. 601.

quali sarebbero il risarcimento dei danni od il funzionamento della clausola penale.

E questa intenzione, di permettere l' assunzione dell'obbliga*zione e di limitarne gli effetti di inadempienza, si appalesa* evidente nel successivo art. 54 c. c.

Sembra, dunque, che l' espressione « obbligazione legale » non stia nella legge ad indicare l'obbligazione nel suo senso pieno, ma precisamente la responsabilità per la sua inadempienza, che il legislatore vuole escludere in tutti i suoi effetti, eccettuati quelli che espressamente fa salvi nell'articolo seguente.

Si può quindi concludere che la promessa di matrimonio importi l'obbligazione di contrarlo, e che il legislatore ne abbia voluto semplicemente attenuare la conseguenza dell'inadempienza, acciocchè esse non possano normalmente costituire una sanzione capace di coattare alle nozze.

Quanto all'altro esempio, che si vorrebbe trarre dall'art. 366 C. Comm., non esitiamo ad affermare che esso è fondato su una erronea interpretazione della legge, che lo stesso testo esclude. Come si può parlare, infatti, di responsabilità senza colpa e più precisamente di responsabilità per atto lecito, quando la legge si riferisce proprio alla revoca del mandato « senza giusti motivi » ? L' equivoco nasce dall' imperfetta valutazione dei rapporti di que*sto articolo con la regola dell'art. 1757 c. c. Si dice: giacchè per* disposizione di legge il mandante ha la facoltà di estinguere a suo arbitrio il mandato, revocandolo, non vi è dubbio che la revoca è atto lecito e che la responsabilità per danni, comminata dall'art. 366 C. Comm., è responsabilità per atto lecito. L' errore consiste precisamente nel non vedere che l' art. 366 C. Comm. deroga, quanto al mandato commerciale, per il suo naturale carattere oneroso, dal disposto dell' art. 1757 C. C. stabilendo invece che, nel mandato commerciale, la revoca si possa fare soltanto per giusti motivi e che, in mancanza di questi ultimi, la revoca, giacchè non si concepisce mandato nella discordia tra mandante e mandatario, raggiunga il suo effetto risolutivo, ma, proprio perchè *ingiusta*, *produca responsabilità per danni a favore del mandatario ingiustamente* revocato.

Il carattere del lavoro non ci consente di soffermarci sull'altro esempio, tratto dal 3° comma dell'art. 36 Cod. Comm., non ostante il vivo interesse che l'argomento suscita per la sua stretta attinenza con le teorie fondamentali del negozio giuridico e più generalmente della volontà *giuridica, che tanta luce riflettono e ricevono* sullo e dallo studio del sistema di questa disposizione di legge.

Ci limiteremo perciò a due brevissime osservazioni.

Sebbene, per le ragioni premesse al principio del paragrafo, la facoltà, espressamente consentita dalla legge, di revocare la proposta e l' accettazione non *costituisca un motivo sufficiente per* escludere la *culpa in contrahendo* del revocante [1], tuttavia essa non sta a fondamento della disposizione in esame, perchè questa non subordina l' obbligo del risarcimento ad alcuna prova di colpa.

Crediamo però che dall' esame dell' art. 36 C. Comm. risulti indiscutibile che alle parti, ad un certo punto (*appena ricevuta la* manifestazione di volontà dell' altra parte) e prima ancora che il contratto sia perfetto, sia concessa, forse al fine di rimediare nell'interesse del commercio alle lungaggini del sistema della cognizione che al legislatore si impose come una necessità di principio, la facoltà di iniziare l'esecuzione del contratto in trattativa. Altrimenti l'esecuzione dovrebbe considerarsi impresa intempestivamente, ed a tutto rischio e pericolo della parte eseguente, e non si capirebbe davvero come mai l' altra parte possa rimanere obbligata da simile fatto. Bisogna perciò ritenere che nella proposta e nell' accettazione sia implicita, come elemento *naturale* del negozio (perciò escludibile con dichiarazione contraria) *l'autorizzazione* (non la *richiesta* come al 2° comma) di iniziare l'esecuzione del contratto a tutto rischio dell' altra parte. E crediamo che alla validità di questa opinione non possa essere opposto che con essa si scambi il *voler* garantire col *dover* garantire e si ponga una finzione legale dicendo che nell' offerta è sempre insita una promessa di garantia [2]. È questo un rilievo esattissimo, ma che non inficia

[1] Questa opinione dello IHERING è in Italia sostenuta dal MAIORANA op. cit. p. 106 dal NAVARRINI (*Diritto Commerciale* — I, n. 119) e recentemente dal BRASIELLO (*Limiti della responsabilità per danni*, Napoli 1923, pp. 31-32).

[2] Questo è l'argomento in base al quale il COVIELLO L. (nota in Giurisprudenza Italiana 1895, I, 1, pp. 828) sugli insegnamenti del THÖN, del SABILLES e del HASENÖHRL respinge la spiegazione che fonda l' obbligazione in esame su una promessa implicita di garantia.

la soluzione da noi adottata, poichè di tutti i negozi giuridici, e non soltanto della proposta o dell' accettazione, può esser detto quanto la nostra legge (art. 1124 c. c.) dice dei contratti, e cioè che essi obbligano non solo a quanto è nei medesimi espresso, *ma anche a tutte le conseguenze, che, secondo l'equità, l'uso o la legge, ne derivano.*

Riteniamo perciò che il 3° comma dell' art. 36 c. comm., a differenza delle altre disposizioni in questo paragrafo esaminate, dia realmente luogo ad un caso di responsabilità senza colpa.

§ 6°) La responsabilità incolpevole, per il nostro ordinamento giuridico, si può incorrere per fatti altrui e per danni cagionati dalle proprie cose.

Questo anzi è il caso di responsabilità incolpevole più comune, *e gli esempi sono, perciò, innumerevoli ed alla portata di tutti.*

Gli esempi più noti sono quelli che si traggono dal nostro codice civile nei generali disposti degli articoli 1153, 4° alin. 1154, 1155. Ma oltre a queste disposizioni fondamentali, in base alle quali è certamente giustificata nel nostro ordinamento la costruzione *di un sistema di responsabilità incolpevole*, se *non parallelo*, certo largamente derogativo da quello della responsabilità per colpa [1], esistono numerosissime disposizioni speciali informate al concetto della responsabilità incolpevole per fatto altrui o per danni causati dalle proprie cose.

Nel nostro ordinamento giuridico i casi di responsabilità senza colpa per fatto altrui sono raggruppabili in tre categorie distinte dalle peculiarità del rapporto giuridico intercedente o tra il soggetto incolpevole e l' autore del fatto dannoso, o tra il soggetto incolpevole ed il danneggiato.

Un primo caso di responsabilità per fatto altrui si ravvisa allorchè il mandante è tenuto per fatti compiuti dal mandatario nell' esecuzione delle mansioni affidategli.

Incorrono in questa speciale responsabilità [2], oltre che il padrone ed il committente per i fatti dei dipendenti e dei com-

[1] Se ne veda la giustificazione al § 9 di questo stesso capitolo.

[2] Ci dispensiamo dalle citazioni che sono alla portata di tutti.

messi, il vettore per i fatti dei suoi dipendenti, dei successivi vettori e di ogni altra persona, cui egli affidi l'esecuzione del trasporto (art. 898 c. comm.) [1], il proprietario della nave per i fatti del capitano e delle altre persone dell'equipaggio (art. 491 c. comm.), l'albergatore e l'oste per il furto ed il danno compiuti dai loro domestici od institori (art. 1867 c. comm.), l'editore [2] per il fatto dei suoi dipendenti, che abbiano stampato lo scritto destinato a rendere di pubblica ragione gli atti, i documenti, le prove e le notizie di cui all'art. 10 dell'editto sulla stampa ed all'articolo 106 c. p. c., il proprietario di automobile e di aeromobile per le contravvenzioni incorse chi da *per ordine* di lui conduca il veicolo (art. 10 legge 30 giugno 1912 N. 739, art. 7 D. L. 27 novembre 1919 N. 2360).

Un secondo caso di responsabilità per fatto altrui si determina allorchè alcuno sia tenuto per i fatti da altri compiuti, giovandosi della cosa ed in genere della possibilità che egli gli abbia, rispettivamente, affidato o concesso, senza per altro essere imputabile nè di consapevolezza dell'uso illegittimo, nè di colpa nella scelta, nè di negligenza. Così sono responsabili il locatore di un immobile per il godimento contrario ai diritti di vicinato, che ne abbia fatto il locatario, l'albergatore e l'oste per il furto ed il danno compiuto dai frequentatori del locale, il proprietario di automobili e di aeromobili per le contravvenzioni, cui abbiano dato luogo coloro, cui egli abbia *permesso* l'uso dei veicoli.

---

[1] Questa, più che una disposizione eccezionale, è una precisa applicazione del principio che sul debitore ricade il rischio dei mezzi, di cui egli si avvale per adempiere l'obbligazione. Su ciò si veda oltre Cap. 3 § 2.

[2] Non ostante il parere contrario dei trattatisti e del foro, crediamo che l'art. 47 dell'editto della stampa non dia luogo ad una responsabilità incolpevole del gerente responsabile. Questi deve firmare il giornale ed è quindi, per lo meno, colpevole di negligenza se non si accerta del contenuto del foglio e non può certo invocare a sua scusa (anzi proprio qui è la colpa) l'aver seguito l'uso per il quale la firma del gerente è considerata una formalità. La responsabilità civile degli editori, dei direttori, dei gerenti responsabili e degli stampatori è regolata dagli art. 1151 e 1152 C. C. per il caso in cui costoro abbiano prestato l'opera o le cose loro alla stampa ed alla divulgazione di scritti o di notizie ingiustamente dannose od offensive. Non crediamo perciò che la materia presenti dei casi speciali di responsabilità senza colpa, tolti quelli in cui, in applicazione dell'art. 1153 n. 1° c. c., l'editore od il tipografo possano incorrere come committenti per il dolo o la negligenza dei loro commessi. (Cfr. PALADINI, op. cit. pp. 41 e seg. Contr. Ugo — *Stampa* nel « Digesto Italiano » n. 34).

Un terzo caso di responsabilità per fatto altrui si configura allorquando l'un contraente è obbligato a risarcire i danni subiti dall'altro contraente nell'esecuzione delle mansioni dal primo affidategli. In tale responsabilità incorre il mandante per i danni subìti dal mandatario per l'esecuzione del mandato, il deponente per i danni risentiti dal depositario per occasione del deposito.

Questa figura di responsabilità incolpevole completa quella esaminata per prima. Così il committente viene ad essere tenuto responsabile per tutti i danni provocati dalla gestione dell'incarico da lui commesso, e per quelli prodotti ai terzi dal mandatario e per quelli subiti da questo stesso.

Per questa ragione crediamo che in questo caso la responsabilità non si fondi su di un'assunzione contrattuale di rischi. Certamente l'assunzione di questi rischi è un effetto del contratto, ma non può dirsene obbietto. Ben vero che quest'assicurazione contro i danni, che depositario e mandatario possono risentire dall'esecuzione del contratto, è un *naturale* di esso, che le parti possono anche, con espressa pattuizione, evitare, giacchè è posto nell'interesse particolare di uno dei contraenti. Ma quest'accidentalità, che certo non può riscontrarsi nella responsabilità verso i terzi, la quale evidentemente non è derogabile per patti intervenuti fra mandante e mandatario, non può indurre il diverso fondamento della responsabilità del primo verso il secondo. Il fatto che la sua ragion di essere e la sua origine sono identiche a quelle della responsabilità verso i terzi danneggiati dall'esercizio delle mansioni mandate, fa si che l'una e l'altra responsabilità si unifichino in un solo concetto, e cioè in quello della responsabilità incolpevole del mandante per i danni risentiti da altri (mandatario o terzi) per l'espletamento del suo affare.

La generale responsabilità per i danni cagionati dalle *cose* sottoposte alla nostra custodia è sancita dall'alinea dell'art. 1153 c. c. [1]. Responsabilità generale, per la vasta comprensione dell'espressione « cose », nella quale possono rientrare tutte le entità naturali suscettibili di dominio umano, e per la sua estensione,

---

[1] Per il carattere incolpevole di questa responsabilità e di quella discendente dai successivi art. 1154 e 1155 C. C. si veda al §   di questo stesso capitolo.

che oltrepassa i tradizionali limiti del dolo e della colpa e financo del fortuito e si arresta soltanto a quelli della *forza maggiore*. La regola generale dell'alinea dell'art. 1553 c. c. è resa più rigorosa dall'art. 1154 c. c., che estende la responsabilità per i danni cagionati dagli animali anche ai casi in cui questi, per smarrimento o per fuga, siano usciti dalla custodia del proprietario o di chi se ne serve. È limitata dall'art. 1155 c. c. giacchè, per quanto riguarda i danni provocati dal crollo dell'edifizio, ne subordina la responsabilità all'accertamento della circostanza che la rovina sia avvenuta per mancanza di riparazione o per un vizio nella costruzione.

In applicazione della regola dell'art. 1153, 1° comma, può essere affermata, anche *de jure condito*, la responsabilità incolpevole dell'industriale e del proprietario od utente di macchine per i danni, sebbene singolarmente imprevedibili e nella loro individualità fortuiti, cagionati dalle macchine alle persone ed alle cose [1]. Si parla qui soltanto dei danni cagionati dalle macchine alle persone estranee ed alle loro cose. Chè, a nostro avviso, la responsabilità incolpevole del principale per i danni subiti dall'operaio nell'esercizio delle mansioni a lui affidate, prima dell'introduzione delle vigenti leggi sugli infortuni nel lavoro, si fondava, e si fonda tutt'ora nei casi in cui non vi sia obbligo di assicurazione, più direttamente sulla regola dell'art. 1754 c. comm. [2], applicabile anche in materia di locazione d'opere, a cui debbono essere estesi per quanto di ragione le regole del mandato [3]. Mentre la responsabilità del principale per i danni causati agli estranei mediante le macchine, ma per colpa degli operai o di altri commessi, si inquadra nelle linee della responsabilità per fatto altrui.

[1] Riteniamo perciò fondate le critiche suscitate nelle commissioni e nelle assemblee legislative, e poi nella dottrina, dalla legge sulla circolazione delle automobili, la quale, ammettendo il conducente ed il proprietario dell'automobile alla prova liberatoria dell'assenza di colpa, ha derogato alla regola generale dell'art. 1153 c. c. Le stesse critiche possono essere mosse contro la legge sulla circolazione delle aeronavi.

[2] È questa un'opinione che riteniamo ingiustamente respinta dalla giurisprudenza e dalla dottrina più autorevole.

[3] Sulla distinzione tra mandato e locazione d'opere si veda l'esauriente lavoro del BARASSI, *Mandato, deposito e contratto di lavoro*, (Riv. dir. comm. anno 1914, I, p. 101-124) nel quale la differenza essenziale si fa consistere sulla gratuità propria al primo.

§ 7°) Si ha infine una responsabilità in casi in cui la colpa, non solo non esiste, ma non può esistere per l'assoluta *incapacitas doli* del soggetto tenuto responsabile.

Vengono qui in discorso la responsabilità del demente e dell'infante, la responsabilità delle persone giuridiche di diritto privato e di diritto pubblico.

Quanto ai dementi, è opinione quasi universalmente accolta dagli interpreti del nostro diritto positivo che essi non rispondano degli atti propri. E, dato il concetto di colpa, accolto dal nostro ordinamento positivo e posto a base della responsabilità per fatto proprio, non vi è dubbio che l'opinione sia rigorosamente conforme alla legge. Lo stesso è a dirsi dell'opinione, anch'essa affatto prevalente, che il minore non risponda degli atti compiuti senza discernimento. È difatti chiaro che il disposto dell'art. 1306 c. c. che pareggia il minore al maggiore per le obbligazioni nascenti da delitto e quasi delitto, non intende affermare *la capacitas doli* del minore, ma soltanto la piena responsabilità, ove ne ricorrano gli elementi costitutivi, che, quanto alla responsabilità per fatto proprio, sono posti dagli articoli 1151 e 1152 c. c.

Ad avviso tutto diverso si deve andare per quanto riguarda i casi di responsabilità incolpevole a cui l'alienato e l'infante possano andare incontro come committenti o proprietari di animali, di edifici e di industrie. Come del pari non vi è dubbio (arg. dall'art. 1304) che l'alienato e l'infante possono essere responsabili di inadempienza per contratti assunti legalmente nel loro nome od in genere per le obbligazioni, che gravino il loro patrimonio.

Però questa responsabilità incolpevole per fatto altrui (del rappresentante o del terzo) e per danni cagionati dalle proprie cose non può essere estesa alla sfera della responsabilità per fatto proprio, che è invece dominata dal principio dell'imputabilità per colpa. Ed il tentativo di siffatta estensione [1], sebbene fondato su ragioni di equità (le quali p. es. non tollerano che al pazzo od al bambino, possessori di una vistosa sostanza, non possa essere tolta neanche una trascurabile parte di essa per alleviare la completa

[1] PALADINI — op. cit. p. 174.

rovina ad altri cagionata dal loro atto inconsulto) non trova addentellato nella nostra legge.

Non mancano però delle legislazioni moderne in cui sia stata sancita la responsabilità dell' infermo di mente e dell'infante per delitto civile, pur temperando la crudezza del principio con opportune misure equitative tendenti a limitare il *quantum* del risarcimento, in modo che esso non divenga addirittura rovinoso per chi fu causa incolpevole del danno. Così gli antichi codici prussiano (I, 6, §§ 41-44) ed austrieco (§ 1310), il codice zurighese (§ 1855), il codice federale svizzero (delle Obbligaz. art. 85) e così infine il codice germanico al citato § 829.

Altro caso di responsabilità, sancita a carico di soggetti incapaci di colpa, è la responsabilità delle persone giuridiche.

È fuori discussione che queste possono essere tenute responsabili per l' inadempienza delle obbligazioni per loro legalmente contratte dai legali rappresentanti o, comunque, su di loro gravanti per qualsiasi altra causa.

A gravi ed intricate questioni dà invece luogo il tema della loro responsabilità aquiliana. Si può però affermare che generalmente il contrasto non verta più circa l'ammissibilità di essa, ma soltanto circa i suoi limiti.

L' *incapacitas doli* costituisce la ragione su cui dal tempo dei giuristi romani sino ai tempi più recenti [1] è stata fondata la negazione della responsabilità aquiliana della persona giuridica. *Quid enim municipes dolo facere possunt?* Ma la soluzione negativa è contraria alle supreme esigenze del diritto, il quale non può tollerare che esistano dei soggetti a cui sia riconosciuto lo strano privilegio di poter fruire dei vantaggi della vita giuridica rimanendo esenti dagli svantaggi [2].

Così si è dovuto ammettere il principio della responsabilità della persona giuridica per il fatto illecito dei propri rappresentanti.

[1] P. es. SAVIGNY — *Sistema del diritto romano attuale*, (trad. di V. Scialoja, Torino 1888), p. II, § 95. Nel M. E. però, forse per la difficoltà di intendere il concetto idealistico di *universitas* concepito dai Romani, questa fu confusa con gli *universi* ed il delitto corporativo fu considerato come delitto della persona giuridica.

[2] Questa ragione di utilità politica o di equità è tutt' ora il fondamento su cui generalmente si afferma la responsabilità aquiliana della persona giuridica.

Ma a questa soluzione si è opposta l' inconcepibilità della rappresentanza negli atti illeciti. L'atto illecito del rappresentante, si osserva, non può essere attribuito alla persona giuridica, giacchè tale atto, per sua natura, eccede i poteri della rappresentanza, che è conferita per il raggiungimento degli scopi dell'ente, i quali non possono essere che leciti.

Tutto ciò è verissimo. Ma vale soltanto a dimostrare l'impossibilità di fondare la responsabilità aquiliana dell' ente sull'angusto principio della rappresentanza, sull' imputazione giuridica della volizione illecita del rappresentante al rappresentato.

La rappresentanza ha per oggetto la formazione di negozi giuridici nel nome e nell' interesse altrui, ed è perciò evidente che l' attività delittuosa del rappresentante in nulla è riferibile al rappresentato [1].

Perciò sul fondamento della rappresentanza potrà trovare spiegazione soltanto l' attribuzione alla persona giuridica delle obbligazioni nascenti dall' attività negoziale, esercitata dal rappresentante nel nome e per conto della persona giuridica stessa e dentro i limiti dei poteri a lui conferiti.

Difatti, se ben si guarda, neanche il mancato adempimento delle obbligazioni, per il quale è pacifica la responsabilità delle persone giuridiche, può essere imputato al rappresentato sul fondamento della rappresentanza, tranne che l' inadempimento si sostanzi in negozi giuridici, in positive manifestazioni di volontà del rappresentante [2]. Eppure l' inadempimento della persona giu-

[1] Di fatti il CHIRONI — (*La colpa extracontrattuale*, Vol. I, [Torino, 1903], pp. 332 e segg. pp. 370 e segg.) che fonda la responsabilità della persona giuridica, come del resto generalmente la responsabilità per il fatto dei commessi e dei domestici, sulla rappresentanza (e perciò, per lui, l' una e l' altra responsabilità è per fatto proprio) — è costretto a creare accanto al concetto di rappresentanza *propria* un concetto di rappresentanza *impropria*, che della prima non ha che il nome... che le si è voluto dare ad ogni costo.

[2] È evidente che in tutti gli altri casi di rappresentanza l' omesso adempimento delle obbligazioni, assunte personalmente dal debitore o per organo di un suo rappresentante, viene imputato al debitore direttamente e non attraverso la persona del rappresentante. Il mancato adempimento è riferito senz' altro al debitore che doveva adempiere.

Nel caso di rappresentanza di persona giuridica l'omissione di costei non può essere che omissione di rappresentanti, poichè essa, come non può commettere, così non può omettere. Da ciò la necessità di imputare alla persona giuridica anche quello che non è negozio giuridico. Imputazione che, evidentemente, non può essere fatta sulla base della rappresentanza.

ridica non può essere che inadempimento del rappresentante. Ciò vuol dire che anche quello che non è attività negoziale, anche le omissioni del rappresentante possono essere attribuite all'ente rappresentato.

E ciò si può spiegare in un modo solo: riflettendo che al rappresentante della persona giuridica non si affidano alcune determinate facoltà, p. es. la negoziale, dell'ente rappresentato, ma tutta la capacità di agire di questo [1]. Difatti la posizione costituzionale dei rappresentanti la persona giuridica non è quella di speciali mandatari, ma si avvicina a quella dei legali rappresentanti [2], giusta il concetto accolto dal codice germanico (§ 26).

Poichè la persona giuridica è per sua natura incapace di ogni attività, il cosidetto « rappresentante » non esercita per essa soltanto l'attività negoziale e giudiziale, ma ogni altra sua attività. Così egli per lui occupa, possiede, amministra, dirige l'azienda. Perciò nel « rappresentante » la persona giuridica si assommano, insieme con i poteri di rappresentanza vera e propria, i poteri di compiere per la propria rappresentata quegli atti materiali non diretti a fini di diritto, che si pongono in essere nella cerchia interna dei diritti, costituenti, diremmo quasi, il godimento immediato del patrimonio.

Ed allora, come la persona giuridica non può avanzare la pretesa di accettare gli effetti dell'esercizio dell'attività negoziale del suo rappresentante, solo se questi *diligenter gesserit*, ma deve accettare tutti gli effetti dell'attività negoziale a lui demandata, e non solo gli effetti di quella realmente esercitata ma anche di quella che il rappresentante avrebbe *dovuto* esercitare (altrimenti, come si disse, non si potrebbe spiegare neanche la responsabilità della persona giuridica per inadempienza delle obbligazioni), così non può scegliere tra gli effetti dell'attività spiegata dal rappre-

[1] Su ciò si veda oltre a Cap. IV, § 11.

[2] Cfr. su ciò FERRARA — *Teoria delle persone giuridiche*, (Torino, 1915) p. 872 e *Trattato di diritto civile*, (Roma, 1921) p. 678 — sebbene egli consideri sempre i rappresentanti come « *formatori della volontà corporativa ed istituzionale* », *mentre noi consideriamo i rappresentanti* come esercenti tutta l'attività giuridica dell'ente, come portatori di tutta la sua capacità di agire, che non è soltanto capacità di volere.

sentante nell'esercizio delle altre mansioni non *giuridiche* a lui affidate nell'interesse dell'ente [1]. Tutti gli effetti dell'esercizio di questa attività l'ente dovrà accettare, siano vantaggiosi o svantaggiosi, e risentire la responsabilità, che da essi possa derivargliene.

Queste conclusioni trovano perfetto riscontro nel nostro diritto positivo.

Dopo il fallimento della teoria organica, in base alla quale la responsabilità della persona giuridica per fatto dei rappresentanti (che per quella sono organi) veniva profilata come responsabilità per fatto proprio e perciò fondata, per il nostro diritto positivo, sull'art. 1151 c. c., ormai la fonte legislativa di questa responsabilità si suol ritrovare nel quarto alinea dell'art. 1153 c. c. [2]). Difatti l'ampia espressione « commesso », ivi usata, mentre comprende ogni specie di mandatario, quali che sieno i poteri e gli incarichi ad esso attribuiti [3], fonda la responsabilità dell'ente per il fatto di ogni persona a cui, per le esigenze della vita giuridica

[1] La costruzione non muta se l'esercizio di questa attività, che negativamente si potrebbe dire extranegoziale, non sia demandato al rappresentante, cioè alla persona fisica, cui è affidata l'attività negoziale, ma ad un *agente*. Per le ragioni dette nel testo, anche il rappresentante nell'esercizio di siffatta attività è solo un agente della persona giuridica.

[2] Noi crediamo che dal punto di vista della giurisprudenza pratica la responsabilità delle persone giuridiche si debba configurare sempre come dipendente da *fatto altrui*. Non può essere considerata responsabilita per *fatto proprio* (come vorrebbe il FERRARA — *Teoria delle persone giur.* cit. pp. 870-71) neanche quella in cui la p. g. possa incorrere a causa di deliberazioni dalla sua totalità collettiva od amministrativa, in quanto è evidente che questi corpi deliberanti, anche se si trattasse dell'assemblea plenaria di tutti i componenti una corporazione, non possono essere scambiati con la persona giuridica. Tranne che anche noi non vogliamo cadere nell'errore materialistico, in cui incorsero i glossatori (v. n. 1 a p. 62). Nè è vero che per questi fatti non sorga altra responsabilità che quella della persona giuridica. È questione di casi e, più che altro, di possibilità d'indagine. Si pensi alla responsabilità penale ed alla conseguente responsabilità civile dei singoli componenti un consiglio comunale, che abbiano votato un ordine del giorno ingiurioso o diffamatorio.

[3] Il nostro codice civile (art. 1737) dicendo che il mandato ha per obbietto il compimento di « *un affare per conto di un'altra persona* » risolve, *in senso negativo*, e *del resto conforme alla* più autorevole dottrina del diritto comune, la questione se il mandato abbia come oggetto unico il conferimento della rappresentanza per compiere negozi giuridici. L'art. 1744 C. C., poi, toglie ogni dubbio circa la non essenzialità della rappresentanza. È perciò chiaro che al termine « commesso » *può essere riconosciuto il contenuto lato attribuitogli nel testo*. Cfr. p. es. BARASSI — *Contributo alla teoria della responsabilità* etc. n. 39, VIVANTE — *Trattato di diritto commerciale*, (Ed. 3ª), Vol. I, n. 254. FERRARA — *Teoria delle persone*, etc. pp. 873-874, ed altri.

ed economica di esso, sieno affidate delle mansioni, qualunque sia la loro natura.

Sugli stessi principî si fonda la responsabilità aquiliana dello Stato e degli altri enti pubblici, sebbene la natura particolare di essi alteri notevolmente i termini della questione.

La dottrina tradizionale, che può dirsi ormai tramontata, non ostante qualche isolato tentativo di ritorno, influenzata ancora dal principio assolutistico dell' onnipotenza e dell' irresponsabilità del *Principe*, *esclude la responsabilità dello Stato per atti illeciti* [1], adducendo, oltre ai soliti argomenti che si adducono per negare la responsobilità aquiliana delle persone giuridiche, ora l'impossibilità di sottoporre a sindacato di liceità l'attività dello Stato, ora, palliando la crudezza del principio assolutistico sotto una ragione di logica, l'inconcepibilità di un torto dello Stato, poichè si cadrebbe nell' assurdo tanto se si ritenesse lo Stato, creatore ed organo del diritto, colpevole o comunque responsabile di una violazione di diritto, quanto se, per sfuggire a questa difficoltà, si ricorresse all' artifizio logico di sdoppiare la personalità dello Stato in Stato legislatore e portatore dell' ordinamento giuridico, ed in Stato potere esecutivo ed amministratore, per riconoscere questo soltanto capace di responsabilità [2].

Ma non potremo, in omaggio a queste ricostruzioni teoriche, *negare la realtà del diritto. Sono invece quelle che vanno negate* e respinte, se non riescono a spiegarci questa realtà e se anzi sono con essa in contrasto.

---

[1] Della responsabilità per atti legittimi abbiamo già accennato, e della responsabilità obbiettiva a cui lo Stato può andare incontro come proprietario di fabbriche, di animali, di opifici, o *jure vicincitatis* non si discute. Perciò quanto è detto nel testo si riferisce esclusivamente alla respon sabilità per atti illeciti.

[2] Cfr. il KELSEN — *Über Staatsunrecht* (in Grunhüt's *Zeitsch.* Vol. XL, 1918) pp. 4-18 dell' estratto—afferma l' impossibilità logica di imputare il torto allo Stato dato che questi non è che il concetto del diritto portato ad unità ossia *dell'ordine giuridico universale*. L'aderenza di questa concezione Kelseniana alla realtà del diritto è provata dal fatto, che, per essa, sorge innanzi al suo autore *il problema della concepibilità del torto della persona giuridica particolare e della persona fisica*, dato che anche queste sono degli ordinamenti giuridici, sebbene parziali (v. *Das Verältnis von Staat und Rech tim Lichte der Erkenntniskritik*—Wien 1921, pp. 38 e segg.—Ma la realtà la vince sulle costruzioni teoriche e, per quanto riguarda lo Stato, il KELSEN (*Über Staatsunrecht* pp. 110-112 dell' estratto) finisce coll' ammettere, sia pure per ragioni di giustizia e d' interesse sociale, la responsabilità per il torto degli organi.

Or è indubitabile che lo Stato contemporaneo è Stato di diritto e si aderge, perciò, sul riconoscimento dei diritti subiettivi che, almeno normalmente, deve considerare come *limiti della propria attività politica ed amministrativa.*

E la concezione dello Stato giuridico resterebbe irreparabilmente *vulnerata, o per lo meno annullata nei suoi effetti, se lo* Stato non fosse tenuto a reintegrare i diritti subiettivi lesi nell' esercizio della sua attività, che evidentemente non può essere *affidato che ad organi*.

Come osserva il Cammeo [1] « il principio della reintegrazione dei diritti subiettivi violati, o in natura o almeno per equivalente, è, *senza dubbio, un assioma fondamentale* per qualunque costruzione giuridica ».

Difatti, ormai la tendenza generale della dottrina e della giurisprudenza è per la responsabilità dello Stato, sebbene variamente limitata [2]. Nè mancano del resto coloro che accedono all' opinione della più completa responsabilità dello Stato per ogni suo atto lesivo dei diritti subiettivi, che sarebbe fondata, astrattamente, su ovvie ragioni di giustizia, le quali non tollerano che un solo debba risentire gli effetti dannosi dell' attività pubblica che, agisca bene o male, per necessità o per errore, è strumento ai fini collettivi, positivamente, sull' art. 2 della legge 20 marzo 1865, il quale ammette *nel senso più ampio, e senza dare adito a limitazione alcuna*, la difesa giurisdizionale ordinaria di ogni « diritto civile e politico » anche nei confronti del potere esecutivo *e dell' autorità amministrativa* [3].

---

[1] *Commentario delle leggi della giustizia amministrativa*, Vol. I, p. 213.

[2] È superfluo richiamare tutte le varie teoriche e formule in proposito e la bibliografia ad esse relativa. Per un rapido riassunto delle varie tendenze si veda l'articolo recente dell'AMBROSINI, *La responsabilità dello Stato e degli enti pubblici per il fatto illecito dei loro funzionari*, (Foro Italiano 1923, Fasc. XVII) e le dense e dotte pagine del FERRARA — (*Teoria della persona giuridica* pp. 878-902), sebbene, a nostro avviso, nessuno dei due autori sia riuscito a dominare completamente a difficile materia.

[3] In questo senso l' AMBROSINI (op. cit.) il quale, affermata per queste ragioni la responsabilità dello *Stato per gli atti illeciti dei funzionari*, ritiene applicabili in materia gli art. *1151-1153* c. c., che sarebbero disposizioni generali e fondamentali per tutti i campi del diritto. Crediamo *però giustificata la resistenza opposta dai pubblicisti a questa tendenza, del resto non nuova nella* nostra dottrina, ad unificare la tooria della responsabilità dello Stato sotto i principi del diritto ci-

Dato il carattere ed i fini del lavoro, noi non possiamo oltre indugiare su quest' altissima questione. Manifestiamo soltanto l' opinione che alla tendenza prevalente, che limita od esclude con varie formule la responsabilità dello Stato nell' esercizio delle sue funzioni politiche più eminenti, stia a base un principio fondamentalmente esatto, sebbene *non se ne sia ancora trovata la precisa* enunciazione, poichè vi è certamente una sfera dell' attività dello Stato in cui, per usare una bella espressione del Machiavelli, *« non vi è giudizio da ricorrere »*.

Per cui, a nostro avviso, la limitazione della responsabilità aquiliana dello Stato non discenderebbe tanto dalla sospensione che nei più alti domini dell' attività costituzionale subirebbero il diritto ed il principio della necessaria reintegrazione del diritto soggettivo violato, da chiunque la violazione promani, ma dall' impossibilità di sottoporre a sindacato quella più alta attività dello Stato. Sindacato che, nel nostro sistema giuridico, è inevitabile, poichè se, ammesso che in materia sia applicabile il citato comma dell' art. 1153 c. c., incolpevole è la responsabilità dello Stato per il fatto dei suoi funzionari, essa non può essere stabilita che sulla base della pronuncia dell' illiceità o per lo meno di una antigiuridicità obbiettiva, *in cui quelli sieno incorsi nell' esercizio delle loro* pubbliche funzioni.

Cosicchè, sino a quando non sarà positivamente consacrato il principio di squisita ma inattuabile giustizia che obblighi lo Stato a risarcire, distribuendolo così sulla collettività, il danno con la sua attività *jure o sine jure* inflitto al singolo senza colpa di lui, dimodochè per fissare la responsabilità dello Stato non sia più necessario constatare nè la illegittimità sostanziale o formale dell' atto, nè la lesione del diritto subiettivo, ma soltanto la obbiettività del danno, sino ad allora, dicevamo, non sarà possibile affermare la illimitata responsabilità dello Stato senza affermare contemporaneamente *la sindacabilità di tutta quanta la sua attività*,

vile. Il diritto pubblico è un sistema per lo meno parallelo ed autonomo di fronte a quello del diritto privato, ed ha perciò i suoi principi, che non possono non influire sulla teoria della responsabilità degli enti pubblici.

anche di quella che in omaggio ai supremi fini collettivi deve rimanere esente da ogni controllo.

§ 8°) Il nostro diritto non conosce la responsabilità penale dell' infante e del demente, ammenochè non si voglia attribuire, *in piena opposizione con i caratteri e con la finalità della pena*, la natura di pena alle limitazioni di capacità ed alle misure amministrative, a cui il demente è sottoposto al fine di garentire il suo patrimonio e di proteggere l' incolumità di esso stesso e della collettività. Ma quello della responsabilità degli ammalati di mente è un problema tuttora aperto e che anzi si ripresenta oggi alla coscienza giuridica ed alla meditazione del giurista e del filosofo sotto i favorevoli auspici del singolare consenso nella soluzione affermativa del positivismo penale e dell' attualismo idealista, che lo hanno evocato dal mondo dei ricordi, ove era creduto definitivamente sepolto, come istituto di antica ed ormai debellata barbarie. *Ma della concezione attualista della responsabilità parleremo* in seguito.

Invece sembra che abbia consacrazione positiva, sebbene soltanto eccezionale, la responsabilità penale delle persone giuridiche.

Giusta l' avviso, reiteratamente confermato, della giurisprudenza, per gli articoli 42 e 58 del regolamento ferroviario 31 ottobre 1873, le società esercenti le ferrovie sono responsabili dei ritardi dei treni [1].

Penalmente responsabili per gli art. 72 e 121 del regolamento alla legge sugli infortuni nel lavoro sono le società assicuratrici, che stipulino contratti di assicurazioni con condizioni diverse da quelle stabilite nel modulo ministeriale [2].

Ed altre sanzioni penali sono poste a carico delle persone giuridiche dalle leggi sull' emigrazione [3].

In Inghilterra il reato corporativo è ampiamente ammesso ed

[1] FERRARA — op. cit. p. 904, DE LUCA — *Principii di Criminologia* (Catania, 1916), Vol. I, p. 235.

[2] Cfr. gli stessi autori op. e loc. cit.

[3] MASSARI — op. cit. p. 152.

in Germania la legislazione lo ha accolto frequentemente e mostra la decisa tendenza ad ammetterlo in via generale [1].

Anche questo della responsabilità corporativa è un problema che si ripresenta al legislatore, dopo un abbandono che sembrava definitivo. Naturalmente non si rimette in discussione la responsabilità collettiva per il fatto di uno o più appartenenti all'università o per le decisioni e per l'attività della persona giuridica.

I singoli, la cui soggettività dev'esser tenuta perfettamente distinta da quella della persona giuridica, rispondono secondo i comuni principi della responsabilità subbiettiva se ed in quanto abbiano partecipato al fatto, alla decisione, all'attività punibile. Invece la responsabilità, di cui qui è discorso, colpisce la persona giuridica come unità, o nel suo patrimonio (che è, per difinizione, distinto da quello dei singoli) o nella sua capacità giuridica, che può essere limitata, sospesa, abolita [2].

Ed è questa una forma di responsabilità pienamente giustificata dalla sua funzione, poichè può essere utile colpire oltre gli amministratori ed i direttori, che sono sostituibili, anche la persona giuridica che si manifesti, non ostante la liceità del fine che le sta necessariamente a base, mezzo idoneo e potente per raggiungere finalità delittuose. Nè, come è stato egregiamente osservato dal compianto De Luca [3], la responsabilità penale delle persone giuridiche può essere sostituita dalle misure di controllo e di repressione riserbate all'autorità amministrativa. Queste possono essere esplicate sugli enti autarchici, territoriali o istituzionali, di beneficenza etc., insomma su tutti gli enti soggetti a controllo e tutela. Ma contro le persone giuridiche strettamente private non sarebbe possibile altro rimedio che quello estremo della soppressione e contro altre, come p. es. le società commerciali che,

[1] De Luca — op. cit. p. 235. Lo Iellineck — *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit. pp. 286 e seg., sebbene si dichiari contrario ad ammettere sia scientificamente che positivamente la responsabilità penale delle persone giuridiche, ritiene queste capaci di contravvenzioni. Tuttavia nella dottrina tedesca prevale la tendenza ad ammettere la capacità penale delle persone giuridiche, già vittoriosamente affermata nell'opera fondamentale del Gierke.

[2] Cfr. Longhi — *La persona giuridica come soggetto di responsabilità penale* (Riv. pen. 1906, p. 419).

[3] d'o cit. p. 234.

dominate dallo scopo di lucro, sono certo le meno aliene dallo scivolare nell'illecito, negli Stati liberi non sarebbero, almeno per regola, possibili dei provvedimenti amministrativi di scioglimento o di soppressione [1].

Del resto sarebbe comunque prudente e consono ai principî del diritto pubblico moderno affidare all'autorità giudiziaria ed alle garenzie di un regolare giudizio penale l'adozione di simili provvedimenti restrittivi della libera colleganza di energie e di attività individuali.

§ 9°) Non è ancora sopita nella giurisprudenza la controversia sull'esistenza nel nostro ordinamento positivo del principio della responsabilità senza colpa. Dovremmo perciò sottoporre ad analisi i vari tipi e casi da noi, più che esposti, accennati, per accertare se almeno alcuni di essi concretino il concetto di cui indaghiamo la validità.

Però questa ricerca, dato il carattere del presente lavoro, non ha per noi grande rilevanza.

Ammesso anche che al nostro ordinamento sia ignota la figura della responsabilità incolpevole, ed ammessa anche l'estrema ipotesi (evidentemente opposta alla certezza storica) che siffatta responsabilità non sia stata accolta da alcun ordinamento giuridico, sarebbe sempre possibile l'ipotesi scientifica dell'accoglimento di questo principio.

Ciò basterebbe per dar valore e legittimità al problema, che per noi non si esaurisce nell'indagare se il concetto di responsabilità senza colpa, foggiato dalla scienza del diritto, abbia riscontro in questo od in quell'ordinamento positivo, ma consiste nel saggiare la validità del concetto stesso. Per noi il problema è soltanto questo: è possibile la responsabilità senza colpa, o piuttosto questo concetto non è un inutile, e, perciò, dannoso doppione di altro

[1] La revoca in via contenziosa del decreto di registrazione della società di commercio (revoca che equivale a soppressione) non giova a reprimere l'azione illecita della società, giacchè questo provvedimento può essere emanato soltanto per gli stessi motivi che avrebbero impedito la registrazione e cioè per vizi nella costituzione della società (si veda su ciò Vivante — *Trattato* etc. Ed 3ª, Vol. II, p. 274).

concetto della giurisprudenza, p. es. di quello di obbligo legale, di garanzia o di altro?

Tuttavia la sicurezza della positività del principio ci riuscirebbe di conforto, poichè ne attingeremmo la *certezza* del problema che indaghiamo. Perciò, pur astenendoci dall'esaminare tutti i casi di responsabilità senza colpa ravvisati nel nostro ordinamento giuridico, chè troppo vasta sarebbe l'indagine, dato che ognuno di essi ha avuto i suoi autorevoli negatori, non sappiamo rinunziare a questo esame, sia pure sommario, almeno per quanto riguarda i casi posti dagli articoli 1153, 1154 e 1155 c. c., sui quali da noi si suol costruire il sistema positivo della responsabilità incolpevole.

La domanda, che a tale scopo dobbiamo farci, è soltanto questa: la responsabilità, di cui ai cennati articoli, prescinde realmente dalla colpa? Se poi sia ammissibile una responsabilità senza colpa e quale ne sia il fondamento, qui noi non dobbiamo indagare, poichè queste domande tendono alla soluzione del problema, mentre noi qui vogliamo fissarne il dato.

Si afferma [1] che sia arbitrario interpretare questi tre articoli costruendoli in sistema autonomo ed astraendo dalle regole generali poste dai precedenti art. 1151, 1152, che reggono tutta la sezione riflettente i delitti ed i quasi delitti. E quel «parimente» col quale ha inizio l'art. 1153, cui i successivi due articoli sono subordinati, è la riprova dell'unità intima, che lega tutte le disposizioni riflettenti la responsabilità extracontrattuale, e che fa perfetto riscontro coll'unità estrinseca della fonte legislativa, nella quale tutte queste regole sono riunite sotto unica sezione.

Si trae da ciò argomento a sostenere che anche gli articoli 1153 e segg. siano fondati sulla colpa, che si concreterebbe in colpa *in custodiendo* ed *in vigilando*, alla quale, del resto, fanno

[1] La questione è troppo nota e sarebbe quindi inopportuna ogni indicazione bibliografica. Ci limiteremo perciò a riassumere gli argomenti pro e contro. Per la negazione della responsabilità senza colpa citiamo la recentissima monografia del BRASIELLO — *I Limiti della responsabilità per danni* — cit. (I e II cap.) ed il bell'articolo del PITOCCHI — *Irresponsabilità per danno incolpevole* (Giur. It. 1914 I, 2, 315 e segg.) nel quale è, con ampiezza e precisione, citata la dottrina e la giurisprudenza in merito.

richiamo e le espressioni usate dalla legge e le peculiarità dei casi contemplati.

Gli articoli in esame contemplano, difatti, quattro cause di responsabilità, che tutte insieme si contrappongono a quella costituita dal fatto proprio e, più o meno, richiamano l'idea del mal governo delle cose e delle persone soggette alla nostra autorità.

Abbiamo difatti la responsabilità per il danno arrecato dalle persone sottoposte alla nostra sorveglianza ed alla nostra direzione (figli, pupilli, commessi, domestici ed allievi), la responsabilità per il danno provocato dalle cose sottoposte alla nostra custodia, e poi altre due sottospecie di responsabilità per danni derivanti dalle *res*, e cioè la responsabilità per il danno provocato dall'animale di nostra proprietà o di cui ci serviamo, anche se fuggito o smarrito, e quella per il danno prodotto dal crollo della nostra casa avvenuto per difetto di manutenzione o per vizio di costruzione.

Or, si dice, è evidente che questi danni generalmente si producono per la nostra disattenzione o negligenza nel governo sui nostri dipendenti e sulle nostre cose o, il che è lo stesso, sulle cose che abbiamo l'obbligo di custodire per non violare l'obbligo primario ed universale del *neminem laedere*. I figli ed i pupilli con noi coabitanti, gli alunni, mentre sono affidati alla nostra vigilanza, i commessi ed i servi, mentre adempiono alle incombenze da noi affidate, se ben sorvegliati, non danneggeranno. Come non crollerà per vizi di costruzione o di manutenzione la casa, nè si staccherà dal tronco il ramo fradicio, se il proprietario, o chi per lui custodisce queste cose, non avrà mancato della necessaria oculatezza. Lo stesso si potrà dire per i danni cagionati dagli animali, poichè questi, se ben custoditi, non danneggeranno, nè fuggiranno, nè si smarriranno.

Si è perciò ritenuto che queste responsabilità siano fondate sulla colpa, direttamente o mediante presunzioni. Un'autorevole dottrina formatasi sul codice napoleonico e sul nostro ha ritenuto che, eccettuato il caso della responsabilità del committente e del padrone, che è fondata sulla presunzione *juris et de jure* di colpa, e l'altro di quella dei genitori, dei tutori, dei precettori e degli artigiani, che è fondata su una presunzione *juris tantum*, per i

rimanenti casi la legge non contiene nessun termine che autorizzi a *ritenere che essa abbia voluto derogare ai tradizionali principi* sanciti negli art. 1151 e 1152. La legge dice soltanto che, oltre che per i danni provocati col fatto proprio, si è tenuti per i danni prodotti in determinate circostanze dalle cose in genere, dagli animali e dagli edifici. Ma dov'è detto che non si debba provare la colpa del responsabile di questi danni?

Questa interpretazione è, però, insostenibile. Si osserva prima di tutto che questi tre articoli fanno un'enumerazione di casi di responsabilità per danni causati da fatto altrui e dalle cose e parlano di prova soltanto per dichiarare la possibilità della prova liberatoria dei genitori, dei tutori etc. Ne consegue che, se dalla mancanza nella legge di qualsiasi altra espressione derogativa dai principi posti negli articoli 1151 e 1152, se ne potesse realmente indurre che per tutti gli altri casi di responsabilità posti agli articoli 1153 e segg. si dovesse provare la colpa, ciò si dovrebbe ammettere anche per quanto riguarda la responsabilità dei committenti e dei padroni, con i quali, perciò, la legge sarebbe stata più indulgente che con i genitori, i tutori gli artigiani etc. Il che sarebbe contrario alla tradizione giuridica ed ai più elementari principi di giustizia e di diritto, poichè è evidente che è preferibile la condizione dei genitori e dei tutori, che adempiono gratuitamente ad una necessità e ad un *munus publicum*, e dei precettori e degli artigiani, che adempiono ad un dovere sociale, a quella dei committenti e dei padroni che sfruttano nel proprio interesse l'opera altrui.

È invece chiaro che dalla circostanza, che al primo comma *l'art. 1153 pone generalmente la responsabilità per danno causato* da fatto altrui e dalle cose tenute in custodia, e poi, dopo aver enumerato i singoli casi di responsabilità per fatto altrui, ammette per alcuni di essi la prova liberatoria della prestata diligenza, da questa circostanza, dicevamo, si deve necessariamente dedurre che per i casi, per i quali la prova liberatoria non è concessa, e cioè per i danni provocati dai commessi, dai domestici e dalle cose, la responsabilità è irrevocabile. Così solo può essere ovviata l'incongruenza del migliore trattamento ai committenti ed ai padroni.

E siccome i danni provocati dagli animali e dagli edifici rientrano nell'ampia categoria dei danni causati dalle cose, per quelli, come già per questi, bisogna ammettere che essi inducano responsabilità irrevocabile, non ovviabile mediante la prova contraria della prestata diligenza.

Questa conclusione ha finito per imporsi, dimodochè essa è ormai largamente accettata, sebbene non si possa dire definitivamente prevalsa.

Senonchè, ciò ammesso, si continua a sostenere che la colpa stia comunque a fondamento di questa responsabilità. Soltanto si tratterebbe di una colpa non provata, ma presunta *juris et de jure*.

Ma è questo un ripiego destinato a non aver fortuna. La *praesumptio juris et de jure*, poco felice creatura della glossa, non ostante il suono della parola, non va, insieme con le altre presunzioni, inquadrata nel sistema probatorio.

Mediante queste, le presunzioni vere e proprie, la legge od il giudice da certi fatti noti ne argomenta un altro ignoto, che ammette in base all'esperienza di *quod plerumque fit*, la quale insegna che nel maggior numero dei casi a quei determinati fatti noti si accompagna, come precedente o susseguente, il fatto ignoto che si vuol stabilire.

La presunzione è perciò una prova congetturale dei fatti, la quale deve necessariamente cedere alla prova positiva e concreta del contrario.

Ma se invece il legislatore vieta la prova contraria, è evidente che la presunzione da lui posta non tende punto alla prova dei fatti, e perde quindi ogni carattere di mezzo probatorio. Cosichè, dire che il legislatore, ponendo le responsabilità in discorso, presume *juris et de jure* la colpa, è lo stesso che dire che il legislatore prescinde dall'esistenza reale della colpa e, negando in ogni caso la possibilità della prova liberatoria, vuole che siano tenuti responsabili anche gli incolpevoli [1].

---

[1] Contro questa *praesumptio juris et de jure* si veda quanto egregiamente dicono il BARASSI (*Contributi etc.* Vol. 23 Riv. it. p. sc. giur. pp. 352-355) ed il COVIELLO — (*La responsabilità senza colpa* cit. p. 201).

Si badi bene. Non si nega che alcuni o molti dei soggetti, che incorreranno nelle dette responsabilità saranno colpevoli, e si potrà anche ammettere, sebbene non sia questo il fondamentale perchè della legge (ormai, almeno su questa negazione, la dottrina è quasi corcorde), che il legislatore abbia negato la prova contraria per impedire che molti colpevoli potessero sfuggire la responsabilità attraverso le elastiche maglie della prova testimoniale.

Ma appunto perciò non vi è dubbio che saranno tenuti responsabili molti incolpevoli. Che colpa, difatti, può avere la persona giuridica, il pazzo, l'infante, o addirittura il nascituro, della deficiente costruzione o del cattivo stato di manutenzione della casa che è crollata? Che colpa è addebitabile al committente od al padrone, che è in viaggio e può essere anche una delle persone dianzi indicate, delle malefatte del commesso o del domestico, diligentemente e prudentemente scelto ed assunto?

Anzi, a guardare la maggioranza dei casi che costituisce la base di ogni presunzione, nella complessità dell'azienda moderna la colpa per i danni prodotti dalle cose o dai dipendenti non si esaurisce quasi sempre nella lunga gerarchia di funzioni e di controlli, di tal che è raro che qualche suo riflesso possa giungere sino al committente?

Se a questi interrogativi si risponde che in tali casi la colpa è presunta, si autorizza una constatazione e si provocano due domande.

La constatazione è la seguente: dappoichè la colpa, qui presunta, è impossibile o comunemente inesistente, essa equivale ad assenza di colpa, e quindi la responsabilità su di essa fondata è responsabilità incolpevole. Le domande sono queste: perchè la legge presume la colpa che non esiste, e, più precisamente, perchè ci tiene responsabili senza nostra colpa? È questa responsabilità possibile?

Cioè quella risposta ci pone di fronte il problema della responsabilità senza colpa nel suo duplice profilo della giustificazione e del fondamento.

CAPITOLO TERZO

Le soluzioni.

§ 1°) Giustificazioni politiche o positive e fondamento logico della responsabilità senza colpa — § 2°) La negazione del concetto di responsabilità incolpevole — § 3°) Dottrina della causalità volontaria — § 4°) Dottrina della causalità obbiettiva — § 5°) Dottrina attualistica della imputabilità e della responsabilità — § 6°) La soluzione astrattiva.

§ 1°) Il problema è stato generalmente posto ed esaminato sotto il primo profilo e, quasi esclusivamente, dalla dottrina civilistica, la quale, in sostanza, si è prefisso il compito, non peranco assolto, di trovare la giustificazione, or scientifica or soltanto positiva, dell'istituto.

Difatti, da una parte gli scienziati del diritto si chiedono in base a quale principio sia utile, giusto o necessario completare o sostituire la responsabilità colpevole con la responsabilità senza colpa: dall'altra i dommatici ricercano il principio, possibilmente unico, da porre a base della costruzione in sistema dei diversi casi di responsabilità senza colpa, accolti, in maggiore o minor numero, da questo o da quell'ordinamento giuridico.

Ma da questa elaborazione semisecolare, che del resto è pervenuta alla conclusione negativa di constatare l'impossibilità di fondare il sistema, sia scientifico che positivo, della r. s. c. su di un unico principio [1], potrà trarre il legislatore criteri circa i limiti e lo sviluppo da dare, *de lege ferenda*, a questo determinato tipo di responsabilità, potrà trarre il giurisperito degli insegnamenti, che gli riescano di guida nell'interpretazione del diritto condito. Ma la dottrina del diritto ripete la domanda: è concepibile la responsabilità senza colpa?

[1] Si vedano su ciò le acute osservazioni del BARASSI — (*Della responsabilità per danni* etc. in Rivista it. per le sc. giur. anno 1899 pp. 208 e segg.) che possono essere ripetute anche oggi.

Difatti, dicendo, ad esempio, che la responsabilità senza colpa è giustificata dal principio che del *cuius commoda ejus periculum*, o dell'agire a proprio rischio e pericolo, o della necessità di riparare il torto comunque causato, o della difesa della società contro i rischi provenienti da attività eccezionalmente pericolose, o da altri simili, si chiariscono le finalità che può o deve proporsi, o pure si è proposte, il legislatore sancendo la responsabilità senza colpa.

Ma, chiarito il fine delle varie norme, che pongono la responsabilità senza colpa, potremo vagliare il valore e la *congruenza* di questo fine nei confronti degli altri fini, che stanno a base delle altre norme giuridiche di un determinato ordinamento, o, in genere, cogli altri fini della vita sociale, e si condurrà così una indagine, *lato sensu*, politica; potremo, ancora, considerare l'adeguatezza delle norme poste o proposte a quel fine, e faremo una indagine di tecnica legislativa.

Ma questo fine o giustificazione, che del resto può essere comune ad altre norme, nulla potrà dirci circa la validità e la correttezza del concetto scientifico e della formula di responsabilità senza colpa, che noi ricaviamo dalle norme, cui quel fine presiede.

Proposto, per esempio, come principio di attribuzione dell'onere del risarcimento dei danni fuori dei contratti, accanto ed oltre a quello della colpa, il principio del *cuius commoda eius periculum*, vedremo che è consono alla comune coscienza giuridica che chi gode i vantaggi di una cosa o di un'attività ne risenta i danni, che quello stesso principio è positivamente consacrato in altri istituti, p. es. nei contratti, nei quali molto spesso le obbligazioni delle parti sono maggiori o minori a seconda dell'utilità che ognuna ne ricava. Si pensi alla diversa diligenza, a cui è tenuto il depositario proporzionalmente al profitto che egli trae dal deposito, alla mancanza od alla gradazione dell'obbligo di garantia per evizione nel donante, alla squisita gradazione della responsabilità e degli obblighi di diligenza, che, per il diritto romano, spettavano al comodatario ed al comodante, a seconda che il contratto fosse avvenuto nell'interesse esclusivo di una delle parti o di ambedue. E, continuando nella valutazione del principio, se ne

potrà rilevare l'utilità in quanto generalmente addossa l'obbligo del risarcimento alla persona più capace di soddisfarlo, ed in quanto stimola la persona, che ha il dominio di una cosa o di un'attività, e che può perciò governarla, ad acuire la propria diligenza oltre i limiti segnati dalla mediocrità del tradizionale *bonus pater familias*.

Passando poi ad esaminare le norme circa la loro rispondenza a questo principio, si potrà domandare, p. es., se la disposizione dell'art. 1155 c. c., ponendo a carico del proprietario e non dell'usufruttuario i danni prodotti dal crollo dell'edificio, attribuisca i pericoli veramente a chi trae profitto della cosa etc.

Ma queste obbligazioni, così giustificate o criticate, sono determinate da responsabilità, dimodochè si possa dire che esse sono fondate su una responsabilità incolpevole? In altri termini la colpa è elemento essenziale di responsabilità? o lo è la volontà? Oppure si può dare responsabilità per un fatto in chi di questo fatto non fu causa nè colpevole nè soltanto volontaria?

Ed allora, oltre la colpa o la volontà, quale altro elemento sarà capace di radicare nel soggetto la responsabilità?

In dipendenza di quale identità la colpa, la volontà e questo terzo elemento, non determinato, hanno la caratteristica comune di determinare la responsabilità?

Ed allora l'elemento fondamentale della responsabilità non sarà in questo *quid* identico?

A queste domande generalmente non rispondono quelle dottrine, e pertanto da esse non potrà trarre grandi insegnamenti chi, come noi, figge gli occhi a questo più alto problema, tanto più che tale problema, poichè vuol saggiare la validità di un puro concetto giuridico senza preoccuparsi dei suoi diversi atteggiamenti in questo od in quel campo del diritto, non consente una soluzione limitata al concetto di responsabilità senza colpa nella dottrina del diritto privato, a cui invece quelle dottrine, quasi esclusivamente, si riferiscono.

Ci asterremo perciò dal trattare partitamente di tali dottrine, riserbandoci di accennare nel corso della trattazione ad alcune fra esse, che qualche contributo apportano alla soluzione del problema,

che qui ci siamo proposto, e limitando comunque i nostri cenni ai profili a questo problema attinenti.

La nostra attenzione dovrà invece in modo speciale volgersi a quelle poche dottrine, che esaminano il concetto di responsabilità senza colpa in rapporto a quello generale di responsabilità, per stabilire se il primo, a seconda che risulti o non riconducibile al secondo, debba essere affermato o negato.

§ 2°) Una prima corrente più radicale nega il concetto di responsabilità senza colpa e tende a ridurlo nello schema degli obblighi nascenti direttamente dalla legge [1].

Ma generalmente queste conclusioni sono tratte da premesse non giustificate.

Sotto l'influenza dell'ultrabimillenaria elaborazione del sistema romanistico, si costruisce un concetto di responsabilità fondato sul principio della volontarietà e della illiceità dell'atto e diviene, così, molto facile dichiarare inammissibile ogni altro tipo di responsabilità, che non abbia il medesimo fondamento.

Ma la questione è tutta lì. È vero che non si possa essere responsabili che per atti volontari ed illeciti? È proprio impossibile configurare una responsabilità, che si aderga su altra base?

Il Levi comincia coll'ammettere un concetto lato, « non puramente giuridico », di responsabilità, in coerenza del quale questa può essere definita come la « conseguenza derivante al soggetto di fronte agli altri soggetti dalla sua attività [2] ».

Ed in questo concetto, secondo lo stesso Autore, troverebbe posto anche la responsabilità senza colpa [3].

Senonchè egli ritiene che da questo concetto lato non si possa ricavare il concetto tecnicamente giuridico altrimenti che limitando la responsabilità alla conseguenza dell'attività antigiuridica. E siccome il diritto è vincolo di volontà, ad esso soltanto la volontà può opporsi, ed antigiuridica non può essere che l'attività volontaria.

Discende da ciò che induttrice di responsabilità non può essere che l'attività, che si determini volontariamente ed in opposizione al diritto, donde, ancora, l'impossibilità di considerare fondata sulla responsabilità l'obbligazione di risarcire i danni (e tanto meno quella di subire pena), che la legge imponga ad un soggetto in conseguenza di suoi atti leciti o di atti involontari, anche se questi ultimi rivestano tutti i caratteri obbiettivi di atti vietati dalla norma giuridica.

In sifatti casi, dunque, « non di responsabilità si dovrebbe parlare, ma piuttosto di nuove forme di garantia, insite in quell'obbligazione, per i rischi inerenti all'esercizio dell'attività del soggetto di diritto [1] », che il legislatore può introdurre al fine di distribuire, secondo criteri di equità o di opportunità politica, i danni, che da quell'attività possono fatalmente derivare, ad onta di ogni buon volere e di ogni oculatezza.

Contro questa concezione, che ha l'indiscutibile pregio di fondarsi su di un esame critico del concetto di responsabilità, crediamo di poter, prima di tutto, ripetere l'obbiezione posta *in capite* del presente paragrafo. Che cosa, fuori che l'influenza della tradizione romanistica, giustifica la nota dell'antigiuridicità, introdotta nel concetto di attività determinatrice di responsabilità?

E questa domanda va particolarmente rivolta al chiaro Autore di cui discorriamo, il quale, in coerenza a quello che è il significato comune della parola, accetta un concetto lato di responsabilità determinata dall'attività del soggetto, prescindendo da ogni carattere di opposizione di questa ad un qualsiasi ordine normativo.

È vero, come lo stesso Autore nota configurando la responsabilità solo « di fronte ad altri soggetti » e come anche noi abbiamo già rilevato, che la responsabilità non può essere concepita che al cospetto di un ordine normativo.

Fuori di questo sarà soltanto possibile un giudizio, mediante

---

[1] Levi — *Contributi* etc. cit. pp. 440-451. Miceli — Principii di filosofia del diritto, cit. pp. 596-607 — Delogu, *Il Prof. Nicola Coviello*—(Catania, 1922) p. 23 e seg.

[2] Op. cit. p. 433 – Abbiamo già rilevato (p. 6) come la responsabilità non possa essere identificata con la *conseguenza* etc. Ma qui questa divergenza non ha rilievo, poichè l'esame riflette un altro elemento del concetto di responsabilità, e cioè l'*attività* a cui è relativa.

[3] Op. cit., p. 449.

[1] Op. cit., p. 451.

il quale si affermi, sulla base di un certo nesso, che è inutile qui individuare, che un atto è proprio di quel soggetto, e che un determinato evento da quest' atto deriva. Ma il prodursi, da quest' atto o da quest' evento, di quella certa « conseguenza », che fu detta « artificiale », nel senso che non si produce per virtù di una legge di natura, ma per forza della società dei soggetti, e, ancor di più, « l'attribuzione » di questa conseguenza al soggetto agente, non possono avvenire che in un ordine normativo.

Discende da ciò che non può intendersi responsabilità che in tale ordine, ma non anche che la responsabità non possa essere indotta fuor che da un atto che abbia il valore di volontaria infrazione a quell' ordine. Difatti si ammette, riguardo ad ogni altro ordine, che non sia quello giuridico, che ogni attività possa produrre responsabilità, dimodochè il problema dell' estensione della responsabilità in questi ordini si riduce a stabilire che cosa, per essi, possa essere considerato come attività del soggetto.

Non si vede perchè ad altra soluzione si debba venire relativamente all'ordine giuridico. Dall' essere il diritto, come del resto ogni norma, norma di volontà, si deduce soltanto l' impossibilità di valutare alla sua stregua, come ad esso disobbedienti od osservanti, atti non volontari, i quali, perciò, non possono essere considerati nè illeciti nè leciti.

Ma non si comprende come da quel carattere del diritto si possa trarre argomento per negare ad un atto involontario, e perciò insuscettibile di quella qualifica, o, magari, ad un atto lecito l'attitudine a produrre responsabilità nel soggetto, che l' abbia posto. Quando giudichiamo che Tizio debba risentire le conseguenze giuridiche sfavorevoli (risarcimento dei danni, pena) di un determinato atto, compiamo un giudizio indubbiamente diverso da quello, mediante il quale dichiariamo che quell'atto è illecito. E, sino a che non ci sarà provata la necessità logica di fondare quel giudizio su questo, noi dovremo ritenere che, anche nell'ordine giuridico, la responsabilità si aderga sul fondamento dell'attività, che qui sarà l'attività *giuridica* del soggetto *giuridico*, e non su quello della colpa.

L'esigenza assoluta della volontarietà dell'atto potrebbe, tutt'al

più, fondarsi sulla funzione, certamente riconoscibile alla volontà, di costituire nesso di attribuzione, d' imputazione tra il soggetto e l'atto, se questo potesse essere riconosciuto come proprio al soggetto unicamente in virtù di quel nesso.

La responsabilità, e su questo non vi è dubbio, si fonda sull' attribuzione dell' atto al soggetto, e pone un moto di ritorno dalle conseguenze giuridiche di quell' atto al soggetto, a cui l'atto è stato prima attribuito. Or, se realmente la volontarietà fosse l' unico criterio, l' unico nesso possibile d' imputazione al soggetto, sarebbe pienamente dimostrata la necessità del carattere volontario dell'atto induttore di responsabilità: ma soltanto del carattere volontario e non anche del carattere di illiceità, poichè l' atto volontario lecito è proprio al soggetto quanto l' atto volontario illecito.

Ma è poi vero che soltanto la volontarietà possa fondare il nesso d' imputazione fra soggetto ed atto? È ciò in ispecie vero per quanto riguarda l'attività giuridica?

Il buon senso ci dice subito che la risposta non può essere che negativa, altrimenti sarebbe inconcepibile la responsabilità della persona giuridica e la responsabilità per omissione, dato che questa, per sua natura, non può essere volontaria. E negare la responsabilità della persona giuridica è una *contradictio in adiecto*, se, come dissimo, la responsabilità è un momento insopprimibile della personalità giuridica, come, d'altra parte, negare la responsabilità per omissione è sconvolgere la dottrina tradizionale della responsabilità, a cui invece, respingendo la responsabilità senza colpa, si vuol restare ossequienti.

Ma per escludere che tutta l' attività giuridica possa essere contenuta nei limiti dell'attività volontaria, basterà considerare che, se attività giuridica è quel complesso di atti, mediante i quali il soggetto può modificare in suo favore od in suo danno l' ordine giuridico, molti effetti nell' ordine giuridico può conseguire l' attività involontaria del soggetto. Basta pensare al possesso materiale, all' occupazione ed, in genere, all'immediato godimento dei diritti, perchè si presentino in folla alla mente dei casi, in cui alla mera attività fisica è riconosciuta la dignità di attività giuridica del soggetto.

E si pensi ancora alla traslazione dell'attività, fenomeno generale nel mondo del diritto, per cui ogni attività, volontaria o semplicemente meccanica, negoziale o puramente materiale, può, in base ai rapporti di rappresentanza volontaria o necessaria, o di mandato o di dipendenza, essere trasferita dal soggetto, che realmente la produce, ad un altro soggetto, a cui il diritto la *attribuisce*. E così il titolare di un'azienda moderna, anche mentre dorme, per opera dei suoi procuratori compra e vende, si obbliga ed obbliga, per opera dei suoi operai trasforma, specifica, produce, acquista. Tutte queste innumerevoli attività, che possono svolgersi in virtù di impulso originariamente impresso dal titolare, possono svolgersi anche nell'interesse e per conto di un titolare infante od assente, o di un erede, che non sappia neanche di possedere l'azienda. E pure tutte quelle innumerevoli e multiformi attività, che fisicamente e psichicamente gli sono estranee, giuridicamente sono *sue*.

Ed anche quando a certi determinati effetti, che di regola si contengono tutti nelle zone del negozio giuridico e del delitto, che certo non esauriscono il territorio del diritto, il diritto riconosce come attività imputabile al soggetto soltanto l'attività volontaria, lo scienziato del diritto è costretto a ricorrere alla costruzione della *volontà giuridica*, cioè di una volontà, che in fondo non è volontà, tanto diverso è il concetto di volontà, posto in funzione dal diritto, da quello psicologico [1]. Basta pensare alla teoria del negozio giuridico perchè alla mente di ognuno si presentino numerosissimi i casi, in cui è ritenuta invalida o addirittura inesistente una manifestazione di volontà effettiva (si pensi alla teoria del consenso valido), od è attribuito ad una manifestazione di volontà un contenuto realmente non voluto (si pensi alla teoria dell'interpretazione dei contratti).

[6] Cfr. KELSEN — *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (Tubingen, 1911), specialmente nel capitolo V. (Der Wille im Privat- und Strafrecht pp. 121-162). Sulla differenza fra concetto psicologico e giuridico di volontà si vedano ancora i brevi ma più chiari cenni del MAGGIORE — (*Il diritto ed il suo processo ideale* — Palermo 1916 pp. 91-96), sebbene condotti ad altro fine, e le belle pagine del PAGANO — (*La dottrina del Duguit sulla volontà giuridica*, in Riv. int. di Fil. di Dir. anno 1923, p. 43-48).

Ma, mentre da una parte l'analisi critica del concetto di responsabilità non riesce a giustificare l'esigenza della necessaria illiceità e volontarietà dell'atto induttore di responsabilità, dall'altra la comune coscienza morale e la stessa tradizione, se opportunamente interrogate, sono lì a dichiararci che la responsabilità non si asside necessariamente sul fondamento della colpa.

Il Miceli, reciso negatore della responsabilità senza colpa, illustra con la chiarezza, che gli è propria, un processo di « *raffinamento* » della responsabilità, per cui il soggetto, man mano che nel progresso si estendono i suoi sentimenti di simpatia per gli altri soggetti, si sviluppano i suoi poteri di previsione e si espande la sua influenza nell'ambiente fisico e sociale, si ritiene, o è indotto a ritenersi, responsabile non soltanto di ciò che proviene direttamente dai suoi atti, ma anche di ciò che ne *proviene indirettamente* ed in genere si ritiene responsabile per una serie di *incidenze* tanto più estesa, quanto più estesa sarà la sua capacità volitiva e la sfera della sua azione sociale » [1]. Ma, per salvare il principio del fondamento colposo della responsabilità, ha cura di concludere che « l'estendersi della responsabilità non può significare che ad un certo punto si possa prescindere dall'elemento della colpa. Anche dove i fili, diciamo così, che congiungono le incidenze degli atti con la volontà dell'agente, diventano così sottili, *da rendersi quasi invisibili*, una congiunzione può sempre rimanere per opera di un grado più elevato di diligenza, quale può sempre richiedersi a coscienze evolute in ambienti sociali complessi » [2].

Ma osserviamo subito che questa è una forma di colpa così sfumata, così inconsistente, che davvero non ci riesce a distinguerla dal fortuito. Difatti, come potrà dirsi in colpa chi non riesca a distinguere quei « fili quasi invisibili » che congiungono i propri atti con le loro possibili conseguenze indirette e remote? Se davvero si potesse ammettere una simile forma di colpa, i nove decimi dell'umanità dovrebbero essere ritenuti incapaci di evitarla, e l'altro decimo, per prestare quell'elevato grado di dili-

[1] Op. cit., p. 598.
[2] Op. cit., p. 600.

genza, che la esclude, dovrebbe rinunziare, o quasi, ad ogni forma di attività. Si crecerebbe così, accanto alla tradizionale figura del *bonus pater familias*, tipo della comune prudenza e diligenza, la figura dell'uomo prudentissimo e diligentissimo, o meglio pedantissimo, che, intento a calcolare e ad evitare le eventuali e lontane ripercussioni dannose della propria azione, sempre possibili e quasi sempre, nei grandi numeri, prevedibili, finirebbe col condannarsi all'inerzia continua.

Non vogliamo così negare il raffinamento della colpa nè come fenomeno di massa, prodotto dal comune progresso, nè come fenomeno individuale, prodotto dall'eccezionale perfezionamento delle facoltà intellettive e volitive di una persona, per la quale, perciò, può essere colpa ciò che non lo è per la comune degli uomini.

Pensiamo soltanto che la mancata prestazione della forza di previsione e di diligenza, proporzionale a così elevate facoltà, sustanzia un tipo di colpa così squisito, che può essere addebitato, se mai, alle poche creature di eccezione, realmente capaci di quelle straordinarie virtù. Dimodochè, in definitiva, una responsabilità, fondata su di un siffatto tipo di colpa, si convertirebbe, per le generalità dei subbietti, in una responsabilità fondata non sulla colpa [1], ma sulla causalità volontaria, cioè sul fatto di aver cagionato, mediante i propri atti volontari, degli effetti dannosi non previsti nè prevedibili.

Cosicchè, mentre il concetto di colpa è contenuto negli angusti limiti dei nostri poteri intellettuali e volitivi, quello di responsabilità è assolto da questi limiti, ragion per cui, nelle forme più elevate della moralità, ci si sente responsabili delle conseguenze più remote e fatali di ogni nostra attività, ragion per cui ci si sente indotti a riparare od alleviare ogni male a noi riconducibile,

[1] Anche il Baron (Archiv. f. civ. Pr. 78° p. 230 e seg.), che per la nota costruzione della sua *custodia tecnica*, interpretando arbitrariamente alcune espressioni delle fonti, nelle quali alcune volte si parla di *diligentia diligentissimi* (si veda su ciò Ferrini — *Contributo alla teoria del contratto di comodato*, in Arch. giur. 1894, pp. 73-74 dell'estr.) si avvale del concetto di *diligentia diligentissimi patrisfamilias*, ammette che alla mancata prestazione di questa non corrisponda la colpa. E difatti, vi può esser colpa nel non essere *testa critica, Kritischer Kopf*, come dice il Baron?

anche mediante il più complicato meccanismo della causalità fisica e sociale.

In base alle vedute solidaristiche, che più o meno dominano le società moderne, od i loro figli più evoluti, ci sentiamo quasi responsabili dell'ignoranza, della miseria e financo della delinquenza, in cui altri permane o precipita vinto nella lotta di classe o, forse meglio, nella lotta per l'esistenza, a cui tutti, volontariamente od involontariamente, partecipiamo, e di cui nessuno è colpevole, se essa è dura ma insopprimibile necessità della nostra esistenza. E l'impulso, che ci sospinge a riparare o ad alleviare quei mali, non è confondibile con quello che ci sospinge verso i colpiti dalle catastrofi naturali. Ambedue sono manifestazioni del sentimento della simpatia e della solidarietà umana. Ma il primo impulso, a differenza del secondo, è determinato anche dal sentimento della necessità morale di assumere su di noi il male, o parte del male, che noi stessi abbiamo causato. Cioè è insita in questo stato d'animo la rappresentazione di quel moto di ritorno, più volte rilevato, che è quasi lo schema del concetto di responsabilità.

Ed anche nei confronti della tradizione giuridica il concetto di responsabilità senza colpa è un concetto meno inconsueto di quanto a prima vista possa sembrare, anzi crediamo di non andare errati se affermiamo che esso può apparire innovatore unicamente nel campo della responsabilità penale ed in quello limitrofo della responsabilità aquilina.

Non ci richiamiamo all'audace tentativo fatto del Venezian [1], il quale cercò di provare che il fondamento obbiettivo è la base comune della responsabilità nel sistema sia romanistico che nostro del diritto privato. Non è questa la sede per riesaminare quel tentativo, che per altro non ebbe il conforto di autorevoli assensi, nè del resto ci riconosciamo competenti all'indagine.

Ci limiteremo a due rilievi, che riteniamo di virtù perentoria, poichè fondati, il primo su dati, sui quali converge l'autorevole consenso della tradizione, e quello efficacissimo dell'opinione

[1] Op. cit., pp. 75-112.

dottrinale tutt'ora dominante, il secondo su osservazioni immediate. È insegnamento, confortato dall'autorità del diritto romano e, sino a poco tempo addietro, accolto come canone indiscusso, che, almeno per regola generale, *soltanto l'impossibilità obbiettiva ed assoluta*, sopravvenuta senza colpa dell'obbligato, e non anche quella subbiettiva o relativa, costituisca causa capace di estinguere l'obbligazione e di liberare il debitore dalle conseguenze dell'inadempienza [1]. Consegue da ciò che il debitore è tenuto responsabile *del mancato adempimento dell'obbligazione anche se provi di aver* fatto tutto quanto un buon padre di famiglia avrebbe fatto per adempiere, anche se provi di essere stato nell'impossibilità subbiettiva di adempiere.

L'unica circostanza, che il debitore possa invocare a proprio discarico, è la sopravvenuta impossibilità assoluta ed obbiettiva della prestazione. Il che importa che non sulla colpa è fondata la responsabilità per mancato adempimento delle obbligazioni, ma sull'obbiettività di questo fatto. La colpa, perciò, in materia di obbligazioni funziona da fondamento della responsabilità soltanto in via eccezionale, e cioè nel caso in cui l'impossibilità obbiettiva della prestazione sia stata indotta dalla colpa dell'obbligato [2].

È questo un insegnamento che appare di evidenza intuitiva, poichè l'ammissione del principio contrario dovrebbe condurre all'assurda conseguenza di liberare da ogni responsabilità il debitore, che involontariamente e senza colpa sia caduto nello stato

[1] Tenuto conto della incertezza della terminologia, dovuta principalmente alla circostanza che alcuni scrittori considerano subbiettive impossibilità, che altri considerano obbiettive (p. es. obbiettiva, perchè attinente alla prestazione, deve ritenersi la sopravvenuta incapacità dell'obbligato ad adempiere la prestazione infungibile di fare, che alcuni invece considerano subbiettiva), questo è il pensiero della quasi unanimità degli autori. Si vedano, per l'enunciazione del principio, sebbene non sempre le applicazioni siano perfettamente conseguenti, p. es. POTHIER — *Trattato delle obbligazioni* nn. 133, 136, 649 e segg. — CHIRONI, Vol. I, (Colpa contrattuale) nota 2 a p. 48 e 311 e seg. p. 691 e segg. GIORGI — *Teoria delle obbligazioni*, V. II, n. 15, p. 29 e segg., Vol. VIII, n. 122-131, p. 207-222. COVIELLO — *Del caso fortuito in rapporto al l'estinzione delle obbligazioni*, (Lanciano, 1895), cap. 2, § 2. POLACCO — *Le obbligazioni nel diritto civile*, (Ed. 2ª) n. 120, p. 522.

[2] Questi principi, indubbiamente insiti nel nostro sistema, anche se oscurati dal preconcetto tradizionale del fondamento colposo della responsabilità, sono ben messi in evidenza nel forte studio dell'OSTI — *Revisione critica della teoria nell'impossibilità della prestazione*, (in Riv. di dir. civ. anno 1918, spec. alle pp. 336 e segg.).

di insolvibilità, poichè, invero, nessuno potrebbe configurare un caso più tipico di impossibilità subbiettiva di eseguire l'obbligazione.

Senonchè, di recente, si è delineato un movimento dottrinario [1], *susseguentemente applicato nell'esegesi del nostro diritto* positivo [2] e confortato da non rare adesioni della giurisprudenza, secondo il quale l'obbligazione avrebbe per contenuto un mero dovere di diligenza: cosicchè la responsabilità dovrebbe in ogni caso avere per condizione la colpa.

Ma, come è stato egregiamente osservato dall'Osti, che or è poco, ha sottoposto ad un completo ed acuto riesame la teorica in obbietto, basta *perducere ad consequentias* il nuovo principio per vedere come esso sia assolutamente inconciliabile col sistema delle obbligazioni.

Senza attardarci a ripetere tutti gli argomenti addotti dall'autore citato per dimostrare l'inconseguenza del fondamento colposo della responsabilità nel sistema delle obbligazioni, ci basterà osservare che, ammesso questo fondamento colposo, il debitore, che avesse provveduto a predisporre e ad organizzare la prestazione obbligatoria con la diligenza prescritta per l'esecuzione delle obbligazioni in genere, dovrebbe essere esonerato da responsabilità per inadempienza, anche se all'ultimo momento, quando non gli fosse stato più possibile riparare, il lavoro preparatorio della prestazione fosse fallito o per colpa altrui o per eventi naturali od, in genere, per cause indipendenti dalla sua volontà ed invincibili con la sua diligenza. Ora questa conseguenza è inaccettabile, poichè è certo che soltanto la prestazione, e non anche i mezzi preparatori, sono in obbligazione. Questi sono, salvo contraria pattuizione, nella libera scelta del debitore, che deve per ciò correrne l'alea.

E come è certo che il creditore non ha, prima della scadenza, azione contro il debitore, che non si dia cura di predisporre i mezzi opportuni a preparare la prestazione o ne predispone altri certa-

[1] HARTMANN — *Die Obligation: Untersuschungen über ihren Zweck und Bau* (Erlangen, 1875) cit. dall'OSTI (op. cit.) il quale espone accuratamente la storia di questa dottrina eterodossa.

[2] BARASSI — *Se e quando lo sciopero sia forza maggiore*, (Appendice al Vol. II, P. II, del *Contratto di locazione* di Bondry — Lacantinerie, trad. it.) n.ri 33-54.

mente inidonei [1], e quindi non può neanche, divenuta al momento della scadenza obbiettivamente impossibile la prestazione, tenere responsabile il debitore, adducendo che, se la prestazione fosse stata, come la comune diligenza avrebbe imposto, precedentemente preparata, la sopravvenuta impossibilità non ne avrebbe impedito l'esecuzione, così d'altra parte è certo che il debitore non può addurre a sua scusa l'involontario ed incolpevole fallimento dei mezzi predisposti [2], e non si troverà nessun giudice, che assolverà dalla mora e dall'inadempienza il venditore, che possa dimostrare che la sua inadempienza sia effetto di quella imprevedibile del suo fornitore, che pure godeva fama di contraente onesto e puntuale.

Crediamo perciò che l'insegnamento tradizionale che, rettamente inteso, pone come unico limite della responsabilità per inadempimento dell'obbligazione l'impossibilità obbiettiva ed assoluta, non sia stato scosso dai recenti attacchi. Da questo primo rilievo si induce che il principio della responsabilità senza colpa ha nel diritto privato un'applicazione ben più vasta di quanto a prima vista non sembri; poichè dal predetto risulta che, fatta eccezione per la responsabilità in cui si incorre per la violazione degli obblighi primari, di regola la responsabilità per l'inadempienza delle altre obbligazioni, qualunque sia la loro fonte, non si asside sul fondamento della colpa.

E, comunque, aggiungiamo, e questo è il secondo rilievo, che quando per colpa si intende la mancata prestazione di un certo grado di diligenza astrattamente determinato, sia essa quella del *bonus paterfamilias* o del buon cittadino o dell'uomo diligentis-

[1] Il FERRARA — (*Trattato di Diritto civile it.* V. I, p. 308) insegna che il dovere di diligenza del debitore nella preparazione della prestazione non è un dovere *giuridico*. Ivi stesso richiama l'analogo insegnamento del THUR.

[2] La dottrina prevalente distingue, a tal proposito, fra obbligazioni di *genus* ed obbligazioni di *species* ed accetta la regola, di cui nel testo, soltanto riguardo alle prime, in applicazione al principio « *genus nunquam perire censetur* ». A noi non interessa la precisa soluzione del quesito poichè l'accoglimento del principio della responsabilità obbiettiva nel vasto campo delle obbligazioni di *genus* costituirebbe, già da solo, un motivo sufficiente per negare l'asserita universalità e necessità del fondamento colpevole della responsabilità giuridica. Crediamo però che l'avviso da noi accolto sia sufficientemente giustificato dalle ragioni accennate nel testo e da quelle più ampie che si possono leggere nel citato lavoro dell'Osti (n. 23).

simo, e questa colpa si attribuisce a chiunque quella diligenza non presti, avremo, fra la categoria dei soggetti, che la legge ritiene incapaci di colpa (pazzi, infanti etc.), e la categoria delle persone realmente capaci di quella determinata diligenza, tutta una gradazione di persone effettivamente, se non legalmente, incapaci della diligenza loro richiesta, le quali perciò, in effetti, saranno tenute responsabili, proprio come il debitore per la mancata prestazione, per il fatto obbiettivo dell'inadempimento di quegli atti e di quegli accorgimenti, che le regole di quella diligenza, richiamate dalla legge quasi come fonte sussidiaria, prescrivono, e non, invece, per il fatto subbiettivo della colpa.

Crediamo che quanto abbiamo premesso ci autorizzi ad affermare che, a guardar bene, contrasta di più con il concetto tradizionale di responsabilità l'affermazione del suo necessario fondamento colposo, che il riconoscimento della responsabilità senza colpa. Chè, se davvero ove non vi sia colpa dovessimo negare la responsabilità, questo concetto ne risulterebbe enormemente limitato, e si dovrebbe smettere dal ravvisare responsabilità anche là ove essa è stata sempre, ed è tutt'ora, generalmente riconosciuta ed affermata.

Or è evidente che ciò sarebbe arbitrario. Ammettiamo che nella delicatissima opera della critica dei concetti sia consentito affinare, limitare od estendere i concetti comuni o scientifici e, magari, negarne la validità e la consistenza. Affermiamo però che questi concetti non si possano dalla critica mutilare o addirittura trasformare e snaturare, come si farebbe col concetto di responsabilità, se si negasse la responsabilità senza colpa. Poichè così la critica approderebbe soltanto ad una dannosa confusione di concetti e fallirebbe al suo scopo di chiarire e di rendere più consapevole la conoscenza comune o scientifica.

E questo risultato aberrante si produrrebbe in modo tipico nel caso in ispecie, poichè, ponendo, senza del resto addurre di ciò valida giustificazione, la colpa a fondamento della responsabilità, questo concetto diviene incapace di rappresentare tutti quei casi in cui il soggetto è obbligato a qualche cosa a causa della sua attività incolpevole. E così dal concetto di responsabilità morale verrebbero esclusi tutti quei casi in cui sentiamo il dovere

di riparare agli effetti dannosi della nostra attività sia pure involontaria ed incolpevole, casi che certamente vanno distinti da quelli in cui, per semplice dovere di solidarietà umana, soccorriamo l'altrui sventura, che in nessun modo ci imputiamo. Così dal concetto di responsabilità giuridica verrebbero esclusi tutti quei casi in cui il soggetto è obbligato a qualche cosa a cagione della sua attività, sia pure incolpevole, casi che, tuttavia, vanno tenuti ben distinti da quelli in cui il soggetto è obbligato direttamente *ex lege* (com'è di tutti gli obblighi primari).

Ed allora, per aver voluto escludere dal concetto di responsabilità la *cosidetta* responsabilità senza colpa, che pure con la responsabilità colpevole (a cui la responsabilità *propriamente detta* si vorrebbe ridurre) ha comune la determinazione attivistica, si crea la necessità di foggiare al posto della negata responsabilità senza colpa (non è essa stessa che ritorna ?) una terza entità logica che stia nel mezzo tra l'obbligazione da responsabilità e l'obbligo *ex lege*.

Sed entia non sunt multiplicanda!...

E difatti la formula (di formula, in vero, più che di concetto si tratta), che si foggia per risarcire il jato introdotto tra il concetto di obbligazione da responsabilità e l'obbligazione nascente direttamente dalla legge, porta impresse le stimmate che denunciano l'equivocità della sua nascita.

Invece di responsabilità senza colpa, che è una formola dotata dell'indiscutibile pregio di esprimere il concetto della determinazione dell'obbligazione nata a causa dell'effetto dannoso di atto non illecito, si parla di *garanzia* di rischi [1], formula oltrecchè indeterminata, come si riconosce anche da chi non la respinge [2], inadeguata ad esprimere il contenuto specifico del concetto in esame.

[1] La formula è del Chironi. Su di essa è nella *Colpa extracontrattuale* fondata l'obbligazione di risarcire i danni provenienti dalle cose e su di essa lo stesso autore ritorna inoltre in una nota (*Foro it.*, 1913, I, 903), per fondarvi l'obbligazione di risarcimento dei danni prodotti dalle persone o dalle cose di cui il soggetto si serve.

[2] Brugi — *La cosidetta responsabilità oggettiva*, in Riv. di Dir. comm. anno 1914, P. II, p. 249.

Difatti, a prescindere dal rilievo che la formula della garanzia non sostituisce completamente quella della r. s. c., che si estende oltre che nel diritto privato in quello penale, va osservato che il concetto tecnico di garanzia è amplissimo.

Garantire, in senso tecnico giuridico, significa assicurare ad altri per equipollente l'utilità positiva (lucro) o negativa (assenza di danno), attesa dal verificarsi o non verificarsi di un determinato evento [1].

Per legge o per contratto possono essere addossati al soggetto garante ogni genere di rischi, qualunque sia la loro causa. Egli può essere obbligato a risarcire gli eventuali effetti dannosi di un fatto naturale (assicurazioni sulla vita, contro la vecchiaia, contro la grandine etc.), del proprio atto lecito, come anche, per regola, gli effetti ad altri pregiudizievoli del proprio inadempimento ad un obbligo primario o ad un'obbligazione.

Or non diremo, come altri vorrebbe [2], che in tutti e tre questi casi si possa parlare di responsabilità. Anzi rileveremo che l'ultimo si differenzia dagli altri due per la peculiarità che in esso l'obbligo di garantia è accessorio di un obbligo o di un'obbligazione principale. Ragion per cui, da questo punto di vista, l'obbligo di chi è chiamato a risarcire gli effetti dannosi del proprio atto lecito si avvicina a quello dell'assicuratore, poichè ambedue questi obblighi non discendono da inadempimento di una precedente obbligazione.

Ma, risolvere la questione con questo argomento, significherebbe incorrere in una petizione di principio, poichè la questione è proprio questa: se possa darsi responsabilità per atto lecito, cioè non costituente inadempimento di precedente dovere giuridico.

Invece, dato che in tutti e tre i casi si può parlare di garantia a favore dell'eventuale danneggiato, se si vorrà cercare, relativamente a ciascuno dei tre casi, un più preciso concetto, che contenga la *differentia specifica* di fronte al *genus*, da cui tutti e tre sono contenuti, si osserverà che nel primo caso l'obbliga-

[1] Sul concetto tecnico di garantia si veda Barassi — Appendice al Vol. I, *Del contratto di locazione*, del Boudry — Lacantinerie (trad. it.) n. 19.

[2] Barassi — op. e num. cit. p. 1074. Su ciò vedi oltre a § 6 di questo stesso capitolo.

zione di risarcimento è determinata da una pura e semplice assunzione od imposizione di rischio, nel terzo dalla responsabilità (e su ciò si è d'accordo), nel secondo da una ragione specifica, che rientra, se si vuole, nel *genus* garanzia, ma che pure in questo si distingue per la sua peculiarità e può, con circonlocuzione, esser detta necessità di riparare agli effetti dannosi della propria attività incolpevole.

Noi alla circonlocuzione, per le ragioni in tutto questo paragrafo esposte, preferiamo la formula, tanto più espressiva e precisa, « responsabilità senza colpa ».

§ 3°) Ma la formula della responsabilità senza colpa ha valore puramente negativo. Ammessa una responsabilità *non* fondata sulla colpa, bisogna ricercare qual sia il fondamento di quest'altro tipo di responsabilità e, generalmente, poichè il concetto della responsabilità, sebbene capace di diversi atteggiamenti, è sempre uno, quale sia il comune fondamento di tutte le forme di responsabilità giuridica, cioè il vero fondamento di questa responsabilità.

Esamineremo perciò rapidamente le principali soluzioni di questo problema nell'ordine della loro crescente divergenza dalla soluzione tradizionale.

La soluzione, che meno si differenzia dalla tradizionale, e che anzi, come fu rilevato [1], per alcune conseguenze quasi si confonde con essa, è quella che potrebbe essere detta della causalità cosciente e volontaria [2].

La sostanza di questa dottrina, astraendo dalle diverse formulazioni, si può ridurre a ciò: il soggetto deve rispondere di tutti gli effetti lesivi dell'altrui diritto derivanti dall'esercizio della sua attività volontaria, sia questa lecita od illecita. Per cui, ben dicevamo, il fondamento comune alla responsabilità per colpa e senza colpa, cioè il fondamento vero ed unico della responsabilità, sa-

[1] BARASSI — *Contributo alla teoria della responsabilità*, cit., n. 34.

[2] UNGER — *Handeln auf signe Gephr*, (Iena 1893). SIÖGREN — Zur Lehre von den Formen des Unrechts und den Thatbestanden der Schadenstiftung (Iherings Iahrbücher etc. XXXV), P. 407. MERKEL R. — *Die Collision rechtmässiger Interessen und die Schadensersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen* (Strassburg 1895), p. 150 e segg. COVIELLO N. — *La responsabilità senza colpv* — cit.

rebbe la causalità volontaria, che interviene ogni qualvolta un'attività, volontariamente iniziata dal soggetto, produca degli effetti voluti o non voluti, prossimi o remoti, previsti o non previsti, ma nel grande numero *prevedibili* [1], che ledono il diritto altrui. Onde la colpa, per questa dottrina, cessa dall'essere il fondamento della responsabilità, per divenire soltanto, come limpidamente dice il Sjögren « un criterio e un momento sintomatico per l'esistenza di una *causalità rilevante*, e cioè tale da fondare una responsabiliià. La colpa di una persona dimostra che il danno deve ricadere su di essa, in altre parole che la *volontà* può esser detta con ragione *causa* dell'avvenuto » [2].

La necessità di fondare la responsabilità sulla causalità volontaria è sostenuta come esigenza di giustizia, alla quale si fa richiamo con le note formule, che a tal proposito si sogliono invocare, dell' « agire a proprio rischio e pericolo », dell' « *ubi commoda ibi incommoda* » etc.

Ma questa, come abbiamo osservato, è la giustificazione, *lato sensu*, politica del fondamento, che si vuole assegnare alla responsabilità, e lasciamo perciò alla scienza della legislazione, il compito di vagliarne l'opportunità e la determinatezza, che veramente appare molto dubbia.

A noi invece interessa indagare la ragione logica di questo fondamento e stabilire se è provata la necessità concettuale di estendere la responsabilità sino ai limiti della causalità volontaria e non oltre.

Questa prova ha tentato N. Coviello [3] sulle tracce di R. Merkel.

« Se è principio sommo del diritto il *neminem laedere*, se questo principio è il fondamento delle obbligazioni patrimoniali,

[1] È questo un punto essenziale della dottrina, in quanto la prevedibilità generica del danno (che si potrebbe indicare come coscienza dei rischi insiti nell'attività iniziata) è in fondo la ragione per cui il soggetto è tenuto a risarcirlo. Specificando che il soggetto è tenuto a risarcire i danni *prevedibili*, e che perciò lui stesso poteva prevedere iniziando l'attività che suol produrli, in sostanza si vuol salvare, o, per lo meno, si vuole offendere al minimo il principio individualistico, ereditato da Roma, della signoria della volontà, la quale così resterebbe in certo modo sempre creatrice delle proprie limitazioni.

[2] Op. cit., p. 406.

[3] Op. cit., p. 205 - 210.

ogni volta ch' esso è applicabile, ogni volta che c' è una lesione di diritto da evitare, nascerà l' obbligazione. Ma la lesione del diritto può aversi solo quando un' attività giuridica si contrappone ad altra attività giuridica, e la limitata in modo che ne derivi disuguaglianza. Il che può seguire in due modi: o esorbitando dalla propria sfera giuridica, e allora si ha l'atto illecito; oppure esercitando il diritto proprio, ma col sacrificio del diritto altrui, reso necessario dall' esercizio del proprio, che altrimenti rimarrebbe esso stesso sacrificato. Or se due sono le possibili ipotesi di lesione, in tutte e due vi sarà l' obbligo di ripararvi [1] ». Nella prima ipotesi si avrà la responsabilità per colpa, nella seconda la responsabilità senza colpa, ma ambedue saranno fondate sul principio attivo di una causa non materiale ma volontaria e cosciente.

Nel precedente capitolo abbiamo già avuto occasione di manifestare il nostro dissenso dalla teoria della collisione dei diritti, su cui evidentemente si fonda l' opinione in esame, se per essa è possibile che l' esercizio di un' attività lecita possa produrre lesioni di diritti.

Non ripeteremo le ragioni di principio e di logica giuridica, che ci inducono a dissentire, e che crediamo di aver già sufficientemente espresso. Del resto esse si riferiscono più alla formulazione, indubbiamente errata, della teorica, che al suo reale contenuto. Accostandoci al quale, va subito osservato che l' ipotesi generale della lesione di diritto, causata dall'esercizio di attività lecita, dà luogo a due ipotesi particolari. La prima di queste ipotesi si verifica quando dalla norma è ad un soggetto espresamente consentito di limitare od annullare, pagando però congrua indennità, un diritto altrui per dar luogo all' esercizio di un diritto proprio [2]. Questa formulazione, che, per le ragioni altrove espresse, è l' unica esatta, esclude che qui vi sia collisione di diritti e tanto meno lesione di diritto. Se i diritti discendono dalla norma, è evidente che non si può dire leso un diritto, che dalla norma stessa, per l' intervento di determinate condizioni, che nel caso sono co-

[1] Op. cit., p. 206.

[2] Per gli esempi si veda il cap. precedente al § 4.

stituite dall' esercizio di un altro diritto, è limitato od annullato. Cosicchè in questa prima ipotesi avremo, sì, una responsabilità per atto lecito, ma questo non avrà leso alcun diritto. Cade, perciò, in forza di questa prima osservazione, un primo lato dell' opinione in esame, in quanto viene così escluso che la lesione del diritto sia elemento essenziale del fatto induttore di responsabilità.

L' altra ipotesi particolare, secondo noi l' unica propria, di responsabilità indotta dall' esercizio di attività lecita, si avvera allorquando il soggetto è tenuto a riparare le lesioni di diritti, che quell' esercizio produca non ostante la buona volontà e la diligenza del soggetto medesimo.

Ma, esaminando questa seconda ipotesi più da vicino, va rilevato che in due modi può avvenire che l' esercizio di un' attività volontaria lecita possa ledere il diritto altrui. Può darsi che un atto inserito in un' attività diretta a fini leciti o anche doverosi, compiuto in perfetta osservanza di ogni imperativo giuridico, rosi, compiuto in perfetta osservanza di ogni imperativo giuridico, compreso quello generale della diligenza, causi fatalmente, imprevedutamente ed imprevedibilmente [1], un evento lesivo del diritto altrui. Come può anche darsi che la lesione di diritto provenga dalle cose o dalle persone, di cui il soggetto volontariamente si giovi nell' esercizio di una sua attività lecita, p. es. di un'azienda industriale [2].

Nell' uno e nell' altro caso, nel primo direttamente nel secondo in modo indiretto, la lesione di diritto è riconducibile, come a sua causa, alla volontà cosciente e lecita del *dominus* dell' attività, che ebbe propagazioni dannose.

Senonchè a noi sembra che in ambo i casi di questa seconda ipotesi, proprio al contrario di quanto abbiamo visto avvenire

[1] Si badi bene: si tratta di imprevedibilità del danno singolo, concreto che realmente segue, che è cosa ben diversa della prevedibilità *statistica*, valida nel grande numero, su cui si fonda la dottrina in esame.

[2] Nel precedente paragrafo abbiamo rilevato come a capo dell' azienda possa stare un soggetto in capace di volere e qui aggiungiamo come, molto spesso, l' attività iniziale può essere stata di un soggetto diverso da quello che attualmente possiede l' azienda e che può anche ignora di possedere, dimodocchè non si potrà neanche dire che la sua attività volontaria continui l'attività iniziale. Ma questo rilievo dimostra soltanto l' insufficienza dommatica della dottrina, ma non anche la sua infondatezza e l' arbitrarietà del suo principio.

nella prima, si ravvisi la lesione obbiettiva di un diritto, ma non si veda come essa possa essere ricollegata coll'attività lecita, fuori che attraverso un nesso di causalità puramente meccanico, spoglio di qualsiasi valore, in quanto esso potrà, sì, almeno di regola, ricondurci all'attività fisio-psichica del soggetto, ma rimarrà sempre irrelativo con quelle determinazioni di essa, per cui essa stessa è giudicata lecita od illecita.

Osservava il Venezian [1], criticando proprio la dottrina in esame, che è una singolare confusione di idee chiamare lecito l'atto, che, per il modo in cui viene compiuto, porta per conseguenza la lesione, sol perchè è lecita l'intrapresa, che di quell'atto determina il compimento.

Di quest'appunto si può dire quel che si suole affermare delle costruzioni dei filosofi, che è vero per quel che nega ed è erroneo per quel che afferma. Cioè è vero che l'atto non può essere giudicato lecito, ma è erroneo qualificarlo illecito.

È certo che, prima che all'atto iniziale dell'attività lecita, e perciò lecito anch'esso, la lesione del diritto vada rapportata all'atto, che direttamente l'ha prodotta.

Bisogna, difatti, guardare non all'atto iniziale dell'attività, ma al punto dell'attività, all'atto in cui si inserisce il nesso di causalità, che all'altro suo estremo porta l'evento che materia la lesione. Or, se guardiamo a quest'atto, rileviamo subito che esso, se non può essere considerato illecito, perchè, per ipotesi, non è nè doloso nè colposo, dato che l'effetto dannoso non era nè previsto nè prevedibile nella sua individualità [2], ed in genere non

---

[1] *Responsabilità civile diretta e indiretta*, (in Archivio Giuridico) p. 138 in nota.

[2] La prevedibilità statistica, degli effetti dannosi di un'attività, quando non risulti un indice di probabilità molto elevato tale da indurre, ogni qualvolta quell'attività si inizia, il fondato timore di conseguenza sinistra, non pone in colpa l'agente. Ogni fortuito è tale soltanto relativamente al caso singolo, ma nei grandi numeri è certezza. Ciò non toglie però che il fortuito escluda la colpa; altrimenti la volontà di escludere la colpa escluderebbe l'azione, poichè ogni azione può avere conseguenze sinistre. Facendosi il segno della croce, è possibile cavarsi un occhio. Solo il non avere tenuto ben presente che soltanto la prevedibilità del singolo evento dannoso come effetto dell'azione concreta, e non anche la prevedibilità generica, possa fondare la colpa, può spiegare l'equivoco di quella famosa decisione dell'alta corte tedesca, seguita da una corte nostrana (Appello Lucca, 12 agosto 1913, Giur. It. 1913, I, 2, 626), che ravvisò la colpa nel semplice uso di una locomotiva a vapore.

contrario al dovere, tuttavia non può essere neanche considerato lecito, cioè atto che si abbia *il diritto* di compiere. Difatti, il soggetto, minacciato da quell'atto, ha il diritto di opporvisi e d'impedirlo, e, quando ciò, per le peculiarità del caso, non sia possibile, ha diritto a respingere gli effetti a lui pregiudizievoli, innanzi ai quali si trova in istato di legittima difesa, onde, al fine di allontanarli da sè o dalle proprie cose, è autorizzato, nella misura della gravità del pericolo, a recar danni alla persona ed alle cose del soggetto, da cui il pericolo promana. Per dirla con termine indubbiamente espressivo, ma che non accettiamo per la contraddizione insita nel suo contenuto, quest'atto è *obbiettivamente* illecito.

Obbiettivamente. Ciò vuol dire che quest'atto, qui, viene in considerazione non come manifestazione di attività volontaria e cosciente del soggetto, ma soltanto per la sua fisica incidenza in un processo causale, che sfociò nella diminuzione di un bene giuridicamente tutelato.

In sostanza la dottrina in esame non fa che spostare i limiti della responsabilità oltre la colpa: cioè addossa al soggetto anche le conseguenze del fortuito, ossia gli effetti fortuiti della propria attività volontaria. Difatti, nient'altro vuol dire la sentenza che il soggetto debba agire a proprio rischio e pericolo. Nient'altro si dice affermando che il soggetto debba rispondere degli effetti dannosi della sua attività, non solo quando essi fossero nella loro individualità prevedibili come probabili conseguenze del singolo atto compiuto (chè allora vi sarebbe la colpa), ma anche quando questa concreta prevedibilità fosse mancata ma vi fosse invece soltanto la comune esperienza che quel determinato genere di atti potesse, anzi dovesse nel grande numero produrre una certa percentuale di eventi sinistri.

Non vi è dubbio che questo evento sinistro, non prevedibile singolarmente, ma soltanto in base alla legge dei grandi numeri ed in base a calcoli di probabilità, sia precisamente il caso fortuito.

Or non discutiamo se sia giusto od ingiusto, utile o dannoso spostare il caso fortuito dal soggetto, su cui inciderebbe natural-

mente, per riversarlo giuridicamente, ossia volontariamente, mediante l'introduzione di una speciale responsabilità senza colpa, sul soggetto, che ne fu causa incolpevole.

Osserviamo soltanto che il carattere cosciente e volontario dell'azione, che nel complicato intreccio della causalità ha avuto come propagazione più o meno lontana il fortuito evento dannoso, non ha qui alcun rilievo, se in nessun modo tale evento è ricollegabile alla coscienza ed alla volontà dell'agente od, in genere, alla sua moralità. Il carattere volontario dell'atto non contraddice alla da noi asserita impossibilità di giudicarlo sotto la specie del lecito, poichè questa impossibilità riflette soltanto un *determinato* profilo dell'atto, cioè, se fosse consentita un'immagine spaziale, quello che guarda verso l'evento lesivo. L'atto in questione, in quanto posizione cosciente e volontaria del soggetto, sarà, relativamente al fine che lo domina ed alle norme, cui il soggetto deve obbedienza, lecito od illecito. Ma, fuori che in questa direzione, quest'atto, come ogni altro atto, non ha valore nel regno dei fini, e non è che causa naturale. Intanto, proprio sotto questo aspetto, l'atto è nelle ipotesi esaminate relativo alla lesione.

Ed allora non può non apparire l'arbitrarietà della dottrina in esame. Ad essa, difatti, invano chiederemmo la ragione in base alla quale la responsabilità dovrebbe avere per limite l'attività volontaria del soggetto, nel senso che si debbano ritenere imputabili a questo soltanto gli effetti più o meno remoti della sua attività volontaria cosciente e non anche gli effetti della sua attività meramente fisica, quando la volontà, la coscienza, la moralità del soggetto è agli uni ed agli altri egualmente estranea.

E va ancora osservato che, se la causalità volontaria del danno potesse essere il fondamento della responsabilità, rimarrebbe inesplicabile la responsabilità dei soggetti incapaci di volere.

Queste sono le critiche, che si possono muovere alla dottrina in esame restando nel suo campo, cioè saggiandone la interiore coerenza ai presupposti, che le stanno a base.

Che se poi questi volessimo saggiare, dovremmo domandarci quale ragione ci autorizzi, da una parte, a porre la responsabilità per gli effetti dell'attività volontaria e, dall'altra, ad escluderla per gli

effetti dell'attività fisica. E potremmo qui ripetere le cose dette nel precedente paragrafo circa la rilevanza della volontà nel diritto. Il nesso di imputazione tra soggetto ed effetto dannoso per la dottrina tradizionale è la colpa, per quella ultimamente presa in esame è la causalità volontaria. Ma nè l'una nè l'altra sanno dirci perchè il nesso, mediante il quale il diritto risale dall'effetto dannoso al soggetto per imputarglielo, debba essere necessariamente quello scelto dall'una e dall'altra dottrina. Perchè la colpa o la volontà debbono essere considerate come l'unico possibile nesso d'imputazione giuridica?

Il perchè non ha fondamento di assolutezza: esso è di ordine puramente contingente e storico. È il possente spirito del diritto romano, che, dominando ancora la nostra coscienza giuridica, ci fa apparire necessario ed assoluto il fondamento volontario della responsabilità, che è invece peculiare agli ordinamenti giuridici a base individualista, i quali, per salvaguardare al massimo l'autonomia individuale, tendono a limitare ogni altra fonte di obbligazione, che non sia la volontà del cittadino, dimodocchè questi rimanga quasi artefice della propria situazione giuridica.

§ 4°) Meno arbitraria, sebbene egualmente inaccettabile, è la dottrina denominata della causalità obbiettiva [1]. Le sue linee fondamentali sono semplicissime.

Fissare i diritti primari ed i loro limiti è compito del legislatore, il quale è in ciò, almeno formalmente, arbitro illimitato.

Ma stabilito il diritto, l'arbitrio del legislatore vien meno. Il concetto di torto discende necessariamente: ogni attività, che limita, sospende, lede o distrugge il diritto, è torto. Questo, alla sua volta, deve avere necessariamente una sanzione, o cessa di essere riconosciuto come torto. Questa sanzione sarà la nullità dell'atto, in cui il torto si sostanzia, sarà la riparazione diretta (rimozione dello

[1] BINDING — *Die Normen*, etc. cit. I, p. 171. A lui si accostano in Germania il KLÖPPEL, il FUCHS; il JACOBI, il GIERKE ed anche il BARON in *Schriften für Verein der Socialpolitik* — XIX, p. 122 e segg. Lo seguirono in Francia il SALEILLES — (*Les accidents de travail et la responsabilité civile*), il VENEZIAN (op. cit.), ed il CAVAGNARI (La responsabilità civile nella giurisprudenza, in Scuola positiva — anno 1895, spec. pp. 349-50).

stato di fatto contrario al diritto) o indiretta (risarcimento del danno), sarà la pena. Ma una sanzione qualunque il torto dovrà incontrarla, altrimenti, lo si ripete, cadono in uno il diritto, che è tale in quanto è tutelato dall' ordine giuridico, ed il torto, che è concetto ad esso complementare.

Spostato così il presupposto della responsabilità dalla *violazione del dovere* nella *lesione del diritto* [1], nell' obbiettività del torto, il volere, come anche ogni sua determinazione nei rapporti della norma, perde ogni funzione nel concetto di responsabilità. Il soggetto non sarà responsabile per essersi determinato contro il dovere e per averlo violato, ma per aver leso il diritto altrui.

In conclusione, adunque, l' opposizione al diritto produce il torto, ed il torto, siccome dev'essere necessariamente respinto, produce la sanzione, dalla quale, quindi, il soggetto sarà colpito per il solo fatto di essere stato causa del torto.

Questa la dottrina della causalità obbiettiva, ricostruita nelle sue linee fondamentali e spogliata di ogni speciale determinazione propria a questo od a quell' altro campo del diritto.

Potremmo qui obbiettare, a confutazione della dottrina in esame, quanto abbiamo detto nel primo capitolo discriminando il concetto di illecito da quello di giuridicamente sanzionato, che, in sostanza, potrebbe essere ripetuto a proposito del concetto di torto.

Ambedue i concetti, quello di illecito e quello di torto obbiettivo (che impropriamente potrebbe essere detto anche illecito obbiettivo), sono determinati, sebbene non sufficientemente, dalla contrarietà al diritto. Ma se la sanzione non è una conseguenza necessaria dell' illecito, tanto meno lo è del torto. Prova ne sia il fatto, *positivamente* innegabile seppure criticabile dal punto di vista *deontologico*, che il torto arrecato fortuitamente (anche il fortuito per questa dottrina sarebbe torto) non produce sanzione. Ma non ci avvarremo di questo argomento, nè degli altri innumerevoli, di cui si sono avvalsi i critici di questa dottrina. A noi corre

[1] Esattamente il Barassi — (*Danno e risarcimento fuori dei contratti*, in Riv. di Dir. Comm. anno 1918, p. 562 e segg.) rileva l' importanza fondamentale di questo spostamento nella dottrina del Venezian.

obbligo di saggiarla nel principio, che le sta a fondamento, non di rilevare le possibili imperfezioni di sviluppo.

Secondo noi il punto debole della dottrina sta proprio nella determinazione del torto e, più precisamente, nella determinazione del nesso tra fatto, obbiettivamente lesivo del diritto, e soggetto, e cioè proprio nel principio fondamentale di essa, che dalla natura di questo nesso, anzi, prende il nome.

Il Venezian, strenuo assertore tra noi di questo principio, riconosce che la lesione, l' offesa al diritto in tanto è torto in quanto sia proveniente da un soggetto, altrimenti essa sarà solo un danno prodotto da cause naturali, contro il quale il bene è difeso e restaurato con mezzi ben diversi dalla sanzione [1]. La frana, che devasti il nostro fondo, sebbene diminuisca od annulli il nostro diritto di proprietà, non è un torto se è prodotta da cause meramente fisiche, lo sarà se sarà stata effetto di scavamenti eseguiti dal vicino nel suo fondo.

Or l' errore fondamentale di questa dottrima è tutto nel ritenere che la relatività della legge si esaurisca nel fissare e delimitare i diritti, ma che poi, posto il diritto, ogni opposizione ad esso causata dal soggetto, sia torto. Dipende invece ancora dall'arbitrio della legge, o, se meglio piace, della coscienza giuridica fissare quando l' effetto lesivo del diritto sia attribuibile al soggetto.

Il rapporto di causalità obbiettiva potrà anche essere (è questione deontologica) scelto come nesso d' imputazione giuridica. Rapporto di causalità obbiettiva tra soggetto ed evento dannoso e nesso d' imputazione giuridica potranno coincidere in tutto od in parte, come potranno anche non coincidere affatto.

Come vi sono degli ordinamenti giuridici, che imputano al soggetto anche gli effetti più o meno lontani di un semplice movimento fisico, p. es. di un atto riflesso, ve ne sono, o ve ne possono essere degli altri, che attribuiscono al soggetto soltanto gli effetti voluti, escludendo financo gli effetti dell' attività volontaria. Gli altri effetti, comunque riconducibili al soggetto mediante un

[1] Op. cit., p. 43.

nesso sia pure reale ed effettivo, ma non accolto come nesso d'imputazione giuridica, saranno, per il diritto, per lo meno ai fini della responsabilità, perfettamente estranei al soggetto, come la grandine, come il fulmine, come il terremoto. Essi, comunque dannosi ed obbiettivamente lesivi del diritto altrui, non costituiranno un *torto*.

Come variano da un ordinamento giuridico all'altro i criteri con cui si fanno risalire al soggetto gli effetti più o meno remoti più o meno indiretti della sua attività, per cui in quest'ordinamento ed in questa situazione il soggetto è chiamato a rispondere soltanto degli effetti immediati della sua attività, ed in quest'altro ordinamento ed in quest'altra situazione è chiamato a rispondere anche degli effetti mediati; come variano da un ordinamento giuridico all'altro i criteri con cui « si contano e si pesano le cause, che devono venir confrontate per affermare o per negare, in parte od in tutto, la responsabilità »[1], per cui nel nostro ordinamento giuridico si dirà che causa della morte del padre, che si sia lanciato dal treno in corsa per soccorrere il figlio caduto dallo sportello spalancatosi, sia stato il ferroviere, che non curò di chiudere lo sportello, mentre in altri ordinamenti, variando le regole, causa imputabile potrà essere ritenuto il figlio che si appoggiò allo sportello senza prima constatare se era chiuso, od il padre che imprudentemente si slanciò dal treno: così, nè più nè meno, può variare da un ordinamento giuridico all'altro, relativamente alla coscienza giuridica ed alle tendenze personali del legislatore, di cui ogni ordinamento è obbiettivazione, il criterio d'imputazione, che qui può essere quello della causalità obbiettiva, là quello della causalità volontaria, altrove quello della causalità volontaria mossa dal dolo o dalla colpa. Ragion per cui la lesione commessa da un pazzo in quest'ordinamento giuridico può essere attribuita a lui stesso, che vien perciò dichiarato autore del torto e responsabile, in quest'altro la linea d'imputazione potrà oltrepassare il pazzo e finire in colui, che non andempì all'obbligo di custodirlo e di sorvegliarlo, o nel medico, che non lo riconobbe

[1] Venezian — op. cit., p. 46.

pazzo, in un altro infine potrà avvenire che il danno provocato dal pazzo venga considerato come un evento della natura bruta, non imputabile ad alcun soggetto giuridico.

In conclusione il nesso, che avvince soggetto e fatto, potrà essere anche quello della causalità obbiettiva, come potrà essere tutt'altro: è il diritto che lo determina e perciò esso, nella sua essenza immutabile, non è che nesso d'imputazione giuridica. Onde, fondamento della responsabilità non sarà qualunque attività fisica dell'individuo fisico, ma soltanto l'attività giuridica, cioè quell'attività, che il diritto attribuisce al soggetto mediante il nesso d'imputazione giuridica.

Ed è questa una verità che appare evidente a chi pensi che, come il soggetto di diritto non può essere confuso coll'individuo fisico, così l'attività di questo non può, come tale, senza ulteriori determinazioni, essere attribuita a quello. Ma questo argomento sarà sviluppato nel capitolo seguente.

Qui ci piace, intanto, osservare che il Venezian, pur esponendo e difendendo la dottrina della causalità obbiettiva, ebbe una felice intuizione della verità, cui noi abbiamo accennato.

Ci sembra difatti evidente che quando egli, per costruire la responsabilità civile, afferma che il soggetto debba rispondere dei torti provenienti dall'azione delle cose e delle persone rientranti nella *sua sfera di diritto*[1], abbandoni, forse senza accorgersene, il principio della causalità obbiettiva per ricorrere ad un nesso di imputazione prettamente giuridico, che con il primo non ha nessun rapporto.

Difatti, se l'evento lesivo del diritto può essere causalmente collegato con le cose e con le persone rientranti nella sfera giuridica del soggetto responsabile, l'ulteriore collegamento tra quelle cose e quelle persone, da una parte, ed il soggetto, dall'altra, non può effettuarsi in virtù dello stesso legame causale.

La *ragione*, per cui il soggetto è responsabile delle propagazioni dannose del moto e dell'azione di quelle cose e di quelle persone, è tutta nel fatto che esse « sono comprese nella sfera

[1] Op. cit., pp. 40-41.

del *suo* diritto » e « nell'*ordine sociale* rappresentano un' unità » (il patrimonio, uguale a facoltà, a *Vermögen)* a lui aderente, che anzi con lui si confonde, dato che a questa dottrina è caratteristica la tendenza a considerare il patrimonio come il vero soggetto del diritto privato (ed ecco già rendersi evanescente il soggetto fisico).

E più sotto, il Venezian senz' altro afferma:

« . . . . le forze fisiche cessano *di fronte alla società* di far parte della natura esterna, della quale i fenomeni non sono suscettibili di una qualifica giuridica, dal momento che ricevono l' *impronta di una personalità, dal momento che entrano in una sfera di diritto* » [1]).

È perciò evidente che solo nell'ordine sociale, (che è poi l'ordine giuridico), e non in forza di un nesso di causalità obbiettiva, che sarebbe qui inconcepibile, il punto di imputazione del fatto lesivo può risalire dalle persone o dalle cose, che realmente l'hanno causato, al « centro della sfera di diritto », in cui esse sono comprese.

§ 5°) Una salda costruzione della teoria dell' imputabilità e della responsabilità è stata recentemente derivata dalla dottrina attualistica [2].

Per essa, poichè il soggetto non è che atto, eterno farsi, l' atto, più che essere imputato al soggetto, è il soggetto stesso. Dimodocchè il soggetto, chiamato a rispondere del suo atto, risponde realmente di sè stesso. Ciò posto non vi sono azioni imputabili od inimputabili. Nessuna il soggetto può respingerne da sè senza negare sè stesso. Perciò l' imputabilità è universale ed universale è anche la responsabilità, poichè, di qualunque azione mi si domandi, io debbo rispondere: è mia. E questa risposta include la necessità che del mio atto io debba sentire tutte le conseguenze.

---

[1] Op. cit., pp. 43 - 44.

[2] Maggiore — *Volontà o responsabilità?* (In « Progresso del Diritto criminale » anno 1914) pp. 17 e segg. — *Il diritto ed il suo processo ideale*, (Palermo, 1916) pp. 95-97 — *L' unità delle scuole di diritto penale*, (Palermo, 1918) pp. 32 e segg. — *Filosofia del diritto*, (Palermo, 1921) pp. 146 e segg. Costa — *Delitto e pena nella storia della filosofia*, (Milano, 1924) pp. 371 e segg. e pp. 387 e segg.

Però responsabilità *universale* non significa anche *eguale* responsabilità. Ogni soggetto risponde del suo atto secondo il proprio valore e secondo il valore di chi lo giudica. Perciò, dedotto dal principio dell' universale imputabilità l' altro dell' universale responsabilità, per cui *tutti* debbono rispondere, resta a stabilire *come ognuno* debba rispondere.

La risposta a quest' ultima domanda spetta all' attualità storica, che decide di volta in volta come si debbano punire gli atti umani ed « in particolare quali si debbano punire giuridicamente e quali no ».

Ciò affermando non si vulnera il principio dell'universale responsabilità. Il soggetto subisce sempre le conseguenze del suo atto, anche se il diritto positivo non lo colpisca con una sanzione.

L' atto non sarà retribuito nel mondo del diritto, ma lo sarà nel mondo morale ed avrà comunque la sua sanzione. Così di quell'atto si sarà sempre, sebbene in modo diverso, responsabili, come sempre se n' è imputabili.

La dottrina attualistica ha l' indiscutibile pregio di radicare saldamente l' atto al soggetto. Mai, come di fronte ad essa, si illumina di verità il detto della sapienza antica che noi siamo figli delle nostre azioni. Ed in essa perciò si acquieta il sentimento di giustizia, che si appaga se sul soggetto ricadono le conseguenze della sua attualità, dato che l' atto finisce qui dall' essere qualche cosa di esterno al soggetto, ma è anzi la soggettività stessa.

Anche noi, riconosciute le facoltà del volere e del conoscere come ipostasi dell'atto concreto di volere e di conoscere, affermiamo che il soggetto sia attività in atto. Ma perciò stesso neghiamo che vi possa essere soggettività, e perciò attività, dove non vi sia autoscienza. E qui conviene anche la dottrina in esame, la quale afferma che l' imputabilità, cioè l' intimità dell' atto al soggetto, guardata nella « sua vertebra » non sia che autocoscienza. Ciò non toglie però che questa dottrina riconosca attività e quindi imputabilità, non soltanto nel folle, il quale generalmente è autocosciente, ma nel neonato, nell' animale, nella pianta, nella morta cosa. E ciò perchè essa assurge alla concezione dell' attività assoluta e dell' autocoscienza assoluta, cioè del soggetto assoluto.

Nel fatto del fabbro che percuote sull'incudine il ferro incandescente non si deve vedere un soggetto agente, un'azione ed un oggetto sul quale si agisca, ma un atto solo.

In questa catena di momenti non vi è che l'atto della vita universale, della quale il fabbro, il ferro ed il picchiare del martello sono fenomeni. « Non il fabbro opera sul ferro, ma la vita universale, il tutto, Dio, se così piace chiamarlo, agisce in loro » [1].

E allora è evidente che per questa dottrina, in realtà, non il soggetto singolo è imputabile e responsabile, ma bensì quello che opera in lui, il soggetto universale. Ed è ancora evidente che se questa dottrina riesce a svincolare l'imputabilità e la responsabilità dal volere, e conseguentemente dal dolo e dalla colpa del soggetto particolare, ciò accade perchè essa lo supera.

Ma stemperato il soggetto particolare (o empirico) nel soggetto universale, il problema dell'imputabilità e della responsabilità, più che risoluto, è eliso.

Se ogni attività è attività assoluta, e se essa realmente non può essere che di un unico soggetto, del soggetto universale, il concetto d'imputabilità diviene perfettamente superfluo. Non è un giuoco vano cercare l'atto *mio* di fronte all'indissolubile unità dell'azione del singolo e dell'azione del tutto, per cui l'attività del soggetto può dirsi assoluta e l'azione è *altrui* solo *apparentemente*, ed invece si immedesima alla mia, in una unità irrescindibile? Non sarà anche la mia attività « *apparentemente* » mia?

In conclusione, il concetto d'imputabilità, se riferito al soggetto universale è superfluo, se riferito al soggetto particolare è apparente, cioè erroneo. Nell'uno e nell'altro caso non ha quindi valore.

Ma di fronte al soggetto universale ancora più incomprensibili appaiono i concetti di responsabilità e di obbligazione, che non possono aver vita che nella relatività del rapporto intersoggettivo.

Se si rimane nella sfera del soggetto assoluto, la responsabilità non può essere che un doppione dell'imputabilità.

---

[1] MAGGIORE — *L'unità delle Scuole*, etc. p. 36.

È la stessa dottrina in esame che lo riconosce quando della responsabilità afferma, come prima dell'imputabilità, che essa è autocoscienza dell'atto. E, veramente, data la sua posizione non le è possibile pervenire ad un concetto più preciso di responsabilità, in cui sia insita l'idea della partecipazione ad un ordine nel quale soltanto è possibile rispondere.

Difatti come e da chi si può domandare e rispondere di una azione, se l'unità assoluta del soggetto universale non si dirompe nella molteplicità dei soggetti, fra di loro comunicanti in un ordine comune, se non si esce dall'unità irrelativa del soggetto universale per entrare nel mondo dei soggetti?

Se reale dovesse essere ritenuto solo il soggetto assoluto, imputabilità e responsabilità, intese relativamente al soggetto singolo (unica posizione conoscitivamente utile di questi concetti), dovrebbero essere dichiarate concetti empirici, di cui sarebbe vano cercare la ragione filosofica.

E del resto, anche ammessa la realtà del soggetto particolare, la scienza del reale ci assicura soltanto l'intimità dell'atto al soggetto, anzi l'identificazione tra attività e soggettività. In questo senso noi conveniamo nell'universale imputabilità, sotto il duplice aspetto che non vi possa essere soggetto non imputabile e che non vi possa essere atto non aderente al soggetto, intendendo l'atto come posizione dello spirito, unità inscindibile di volere e di conoscere.

Ma con ciò non è posta nè la responsabilità nè, tanto meno, la sua universalità.

Noi affermiamo che se la responsabilità non si può confondere col fatto dell'imputabilità, essa non può essere intesa come autocoscienza dell'atto. Questa da sola non pone che l'intima appartenenza dell'azione al soggetto, non anche la necessità di subire le conseguenze del proprio atto. Nè questa necessità può essere intesa come necessità assoluta o, per dirla col Leibnitz, metafisica.

È indiscutibile che ogni atto ha delle conseguenze che si ripercuotono sul tutto e che, quindi, si ripercuotono anche sul soggetto stesso. Ma nella responsabilità, se un senso si vuol dare a questo concetto, non è insita la necessità di mero fatto di queste

ripercussioni, le quali investono indifferentemente e con intensità casuale le cose ed i soggetti. La responsabilità denota una necessità che, per intenderci, potremo dire *morale* in quanto è posta da un ordine normativo a cui il soggetto partecipa e che intanto esiste come necessità, in quanto un tale ordine la pone, e che è necessità di attribuire al soggetto agente determinate specifiche conseguenze del suo atto, le quali possono dirsi la reazione dell'ordine normativo a quell'atto.

Perciò la universalità della responsabilità non può essere adeguata alla necessità assoluta che il soggetto risenta le conseguenze del proprio atto.

La dottrina in esame, pur ammettendo che è l'attualità storica che dice come ed in quanto ognuno debba rispondere, afferma che tuttavia la responsabilità è universale perchè comunque ogni atto troverà la sua remunerazione, che, per quanto diversa ed indeterminabile *a priori*, non potrà mancare.

Questi atti, che ieri erano colpiti dalla sanzione giuridica, oggi incorrono nella sola disapprovazione della coscienza morale, domani potranno essere riprovati soltanto come contrari alle norme dell'etichetta.

Noi non comprendiamo perchè, se contro un certo atto non reagisce l'ordine giuridico, debba necessariamente reagire l'ordine morale o del costume. Non è possibile che anche questi di fronte ad un determinato atto restino immoti?

Nella nostra attualità storica nessun ordine è mosso dal fatto del neonato che venendo al mondo provochi la morte della propria madre. Nè il diritto, nè la morale, nè il costume reagiscono contro colui che in balia del sonno sonnambolico dia di piglio ad un'arma (di cui non aveva pensato a privarsi perchè ignaro della propria infermità e del pericolo da questa proveniente) ed uccida chi gli si faccia incontro per soccorrerlo. E la rievocazione delle vicende di Edipo in noi, che non abbiamo dell'ordine morale il concetto obbiettivo che legittimava nella coscienza dei Greci la vendetta di Apollo, nulla suscita fuori che un'infinita pietà verso quella vittima dell'implacabile, quanto ingiustificata, persecuzione del fato.

E se il neonato, il sonnambulo e l'infelice re di Tebe subiscono le dolorose conseguenze della propria disgrazia noi, uomini della nostra epoca, non vediamo che sventure aggiunte a sventure, in forza di una necessità che non possiamo respingere, ma alla quale la nostra coscienza certo non aderisce riconoscendole il valore di retribuzione.

Ed osserviamo in fine che se dalla dottrina attualistica, che pone la continua presenza dell'atto nel soggetto, si può dedurre la giustificazione del principio (secondo noi puramente deontologico) dell'universale responsabilità, poichè si può dire che il soggetto chiamato a rispondere del suo atto risponde in sostanza del suo essere attuale, dalla stessa dottrina si può con altrettanto rigore dedurre la giustificazione del principio cristiano del perdono per chi « piangendo *si rende* a Quei che volentier perdona », poichè l'attualità del suo spirito, che si fissa nel trapasso dal tempo nell'eternità, non è più il peccato ma il pentimento, l'atto che quello nega.

Crediamo di potere dopo tutto concludere che, se, data l'identità tra attività e soggettività, dev'essere affermata l'universale imputabilità, universale non può esser detta la responsabilità, che è invece relativa ai vari ordini in cui l'atto è considerato.

Dalla quale considerazione ne discende ancora un'altra, per noi fondamentale. E cioè che la responsabilità non è relativa al soggetto reale ma al soggetto, considerato da ciascun ordine, la cui soggettività corrisponde all'attività che quell'ordine, riflettendo interamente o solo in parte la realtà, seguendola o prescindendone, gli attribuisce.

E poichè è sempre lo spirito che pone ogni ordine, per cui è ben detto che la società è *in interiore hominis* e non *inter homines*, la superiore affermazione non vuol dire altro che il soggetto, che è sempre il soggetto reale, lo spirito, in quell'ordine considererà i soggetti (e conseguentemente anche sè medesimo) sotto il profilo a cui quell'ordine è relativo.

E così nella comunione tra Dio, spirito perfettissimo, e gli uomini, cioè nell'ordine religioso, il soggetto viene in considerazione sotto i riflessi in virtù dei quali è riconosciuto cittadino di

quell'ordine, cioè in quanto *anima*. Nell'ordine morale è soggetto l'essere razionale, capace di legislazione autonoma, come *fine in sè*, come fine nel regno dei fini. E del pari nell'ordine giuridico il soggetto è essenzialmente e soltanto soggetto di diritto, *persona giuridica*.

Ed allora, nei rapporti di ciascun ordine, il problema della imputabilità verrà circoscritto alle manifestazioni in esso riconosciute come attività ed in esso rilevanti, le quali costituiranno la sola realtà del soggetto, che in quell'ordine e per quell'ordine si illumina, restando ogni altra realtà nel cono d'ombra, che la rende per questa veduta inesistente; e la responsabilità sarà la necessità, da quell'ordine posta al soggetto, di subire le conseguenze che l'ordine stesso a causa della sua attività gli attribuisce [1].

Di questi concetti faremo applicazione nel capitolo seguente, nel quale ricercheremo l'attività e la responsabilità relativamente al soggetto di diritto e nel sistema del diritto.

§ 6°) Spostando il fondamento della responsabilità dalla colpa, successivamente, nella causa volontaria, nella causa obbiettiva o materiale, nell'attività, il concetto si è andato man mano estendendo.

Un'ulteriore estensione questo concetto riceve da coloro che, spogliandolo di ogni determinazione riflettente il suo fondamento soggettivo, tendono a riconoscere la responsabilità ovunque vi sia obbligazione di risarcire un danno.

Questa tendenza, che chiamiamo *astrattiva* perchè depaupera il concetto di una nota, che a noi sembra fondamentale e specifica, si manifesta unicamente nel campo della responsabilità civile [2],

[1] Non ostante la diversità delle premesse, un pensiero quasi identico è espresso dal MAGGIORE, (*Il diritto ed il suo proc.*, loc. cit.): « Si risponde.... perchè l'autocoscienza giuridica universale, attribuendo di volta in volta il predicato di persona ad alcuni esseri e rifiutandolo ad altri, determina pure di quali azioni si debba rispondere e di quali no, e distingue tra fatti non imputabili (oggettivi) e atti imputabili (soggettivi) ».

[2] P. es. il CALDERONI dopo aver riconosciuto (op. cit. p. 4) che nell'uso comune della lingua il termine responsabilità richiami « le conseguenze determinate che certi atti arrecano o sogliono arrecare, o dovrebbero arrecare per noi od altri » poi (op. cit. pp. 26-29), quando passa a parlare degli altri criteri, che insieme con quello della causa volontaria il legislatore deve tenere presenti per attribuire la responsabilità civile, finisce coll'ammettere che per ragioni di equità, di utilità

nel quale il cennato processo di espansione non incontra la resistenza del carattere personale e punitivo della pena.

È di fatti naturale che, avendo le conseguenze connesse alla responsabilità civile una funzione prevalentemente, se non esclusivamente, riparativa del danno, legislazione e giurisprudenza si trovino indotte a dare alla responsabilità civile estensione molto maggiore che alla penale.

E così negli ordinamenti giuridici moderni, mentre la responsabilità penale è per regola circoscritta nei limiti del dolo e della colpa, la responsabilità civile, sotto la spinta di molteplici fattori (equità, utilità politiche, opportunità economiche, etc.) oltrepassa decisamente quei limiti.

E se ancora il dolo e la colpa appaiono come il fondamento *normale* (in verità non più *necessario* e perciò a rigore non più *fondamento*) della responsabilità civile, ciò avviene perchè, come osserva acutamente il Calderoni [1], da una parte lo spirito individualista del nostro diritto, il quale esige che la libertà del soggetto, per quanto è possibile, sia limitata dagli obblighi che possono dirsi voluti in quanto nascenti in effetto di contegno volontario, e dall'altra la tendenza dei danni a non verificarsi allorchè il loro risarcimento sia imposto a chi avrebbe potuto evitarli, inducono il legislatore a seguire anche nell'attribuzione della responsabilità civile la linea della massima volontarietà. E poichè la volontarietà del danno e delle cause che lo generano equivale generalmente al dolo od alla colpa, così queste, come si diceva, appaiono normalmente fondamento anche della responsabilità civile.

Ma la consapevolezza del carattere contingente delle ragioni, che generalmente limitano la responsabilità agli eventi dannosi provocati dal nostro contegno illecito, non ci deve indurre all'estremo di perder di vista le note necessarie del concetto di respon-

sociale etc. si possono dal legislatore sancire delle responsabilità per atti perfettamente estranei al soggetto. Più chiaramente in questo senso il BARASSI, (*Appendice* al Vol. I, delle *Locazioni* dal Boudry-Lacantinerie n. 18 p. 1974) ammette che di responsabilità si possa parlare anche a proposito dell'assicuratore tenuto per i danni derivati dall'infortunio e definisce la responsabilità come « necessità di sottostare a talune conseguenze dannose che taluno abbia risentito o possa risentire ».

[1] Op. cit., n.ri 9, 12.

sabilità e ad ammettere questa ogni qual volta sul soggetto ricada un'obbligazione in conseguenza di un danno da altri patito.

Ciò equivale a svuotare il concetto di responsabilità della sua nota essenziale, che è precisamente quella della genesi soggettiva dell'obbligazione, per adeguarlo al concetto di obbligazione, togliendogli ogni specificità, negandolo.

Difatti, se di responsabilità si potesse parlare ogni qual volta vi sia obbligazione di risarcire un danno, la domanda: — chi è di questo danno responsabile? — equivarrebbe perfettamente all'altra: chi è obbligato a risarcirlo? — Ed il giudizio consueto: — Tizio è obbligato perchè responsabile, — non conterrebbe che una tautologia.

Senonchè, dopo aver divertito il termine responsabilità dal suo significato consueto, saremo nella necessità di andare alla ricerca di un altro termine a questo significato corrispondente, poichè avremo sempre bisogno di un'espressione con cui distinguere la *ragione* dell'obbligazione del feritore, che è tenuto ai danni arrecati alla sua vittima, da quella di contenuto perfettamente identico gravante sull'assicuratore contro un tale infortunio.

CAPITOLO QUARTO

Il concetto tecnico di responsabilità e di attività giuridica.

§ 1°) Distinzione dei diritti e degli obblighi in base al momento attivistico della loro determinazione — § 2°) Imputazione come nesso tra soggetto e fatto condizionante l'obbligo od il diritto — Responsabilità come determinazione attivistica dell'obbligo — § 3°) Sostanziale coincidenza tra questo concetto di responsabilità e quello comunemente accettato — § 4°) Il problema della responsabilità e quello dell'attività — § 5°) Il soggetto giuridico — § 6°) Valore di questo concetto — § 7°) Suo svolgimento — Il soggetto come soggettivazione di sistema parziale di norme — § 8°) Il problema dell'imputazione del fatto al soggetto e soluzione del Kelsen — § 9°) Critica — § 10°) Il soggetto giuridico come processo — Fatti ed atti giuridici — § 11°) Soggetto e capacità di agire — § 12°) Il nesso d'imputazione ricavato dallo stesso ordinamento soggettivo — § 13°) Esplicazione — § 14°) Soggetto ed attività giuridica — § 15°) Attività giuridica e volere — § 16°) Conclusione.

§ 1°) È stato osservato che ogni norma risulta di due parti costitutive: il soggetto del dovere e l'oggetto, contenuto del dovere [1]. Però ogni norma giuridica, per la bilateralità che le è propria, è convertibile da fonte di obblighi in fonte di diritti, e, considerata da quest'altro punto di vista, risulta costituita dal soggetto del diritto e dal contenuto del diritto.

Pertanto la norma giuridica ci appare, da questi due aspetti reciprocamente complementari, come attributrice, *imputatrice*, di doveri e di diritti.

Ma questa analisi logica della norma, proprio perchè si limita a fissarne lo schema fondamentale, prescinde dall'infinita varietà delle norme e non può perciò, da sola, appagare le esigenze della loro conoscenza scientifica, la quale, pur senza potere attingere alla concretezza dell'individuale, tende al dominio, quanto più immediato è possibile, del suo obbietto, mediante una gerarchia di concetti astratti, che ne ritragga in uno la molteplicità e l'unità.

[1] Kelsen — *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Ed. 1, p. 71 e seg.

Un' analisi più particolare di questo rapporto di « dovere » o di « autorizzazione », con cui la norma congiunge il soggetto con l' obbligo, o col diritto, mostra che l' attribuzione di questi è sempre condizionata dall' intervento di determinate circostanze che costituiscono, come suol dirsi, l' « ipotesi » di ciascuna disposizione giuridica.

Or le circostanze ipotizzate dalla norma possono essere estranee all' attività del soggetto o a questa *ricollegabili*. Queste ultime, per questo riflesso soggettivo, sono rappresentate come *atti* o come ad essi riconducibili.

Risalterà così che, sebbene tutti gli obblighi e tutti i diritti discendano dalla norma, tuttavia è possibile distinguerli in mediati ed in immediati, a seconda che siano condizionati o no dall' attività del soggetto.

La partecipazione di questo elemento attivistico nella determinazione dei diritti e degli obblighi offre un criterio distintivo fondamentale per la costruzione del sistema scientifico del diritto, ed è feconda di molti chiarimenti.

Specialmente per quanto riguarda gli obblighi, questo è l' elemento discretivo su cui si può fondare la più generale loro partizione e costituisce, quindi, la sola base scientifica, su cui possa trovare soluzione il problema delle fonti delle obbligazioni.

È stato osservato [1] che per il diritto moderno, nel quale l' obbligazione non produce più il *nexum* che modificava lo stato personale del debitore, che per essa diventava *obligatus*, l' obbligazione in nulla più si distingua dagli altri obblighi. Non è certo lo *status necessitatis alicuius solvendae rei* l' elemento che possa differenziare l' obbligazione dall' obbligo in generale. Se con questo requisito si vuole accennare alla giuridica necessità di adempiere, si rileva subito che questa è elemento essenziale del concetto di obbligo e non soltanto di quello più speciale di obbligazione. Nè tanto meno può dar luogo ad una *differentia specifica* la patrimonialità della prestazione, richiamata dal « *rei solvendae* », su cui si fonda generalmente la distinzione qui ricercata.

---

[1] Perozzi — *Obbligazioni romane* (Bologna, 1903) ed *Istituzioni di diritto romano* (Firenze, 1908), Vol. II, § 123.

Sebbene se ne sia autorevolmente dubitato [1], possiamo senza altro ammettere che la patrimonialità della prestazione sia un elemento caratteristico dell' obbligazione nel sistema del diritto romano e nel sistema del diritto moderno [2], che su questo punto fedelmente lo segue.

Ma ciò importerebbe soltanto la inesistenza, in questi particolari diritti, di obbligazioni la cui prestazione sia insuscettibile di *aestimatio pecuniaria*.

Non importerebbe certo la inconcepibilità o impossibilità scientifica di un' obbligazione non patrimoniale.

È ovvio che nessuno nega che possano esistere obblighi di prestazioni non patrimoniali nel senso economico. Nè generalmente si disconosce la possibilità di vere e proprie obbligazioni a prestazione non patrimoniale.

In sostanza si esige soltanto che la prestazione sia economicamente valutabile, poichè senza di ciò sarebbe impossibile l' esecuzione *manu militari* in caso di inadempimento e verrebbe a mancare il *vinculum*, in che consiste la sostanza dell' obbligazione [3].

La infondatezza di questa ragione ci sembra evidente, poichè si può contro di essa ripetere tutto quanto è stato obiettato contro le teoriche, che in diverso modo hanno cercato di spostare il centro di gravità del concetto di obbligazione dal momento personale della prestazione, che è il contenuto ed il fine dell' obbligazione, al momento dell' esecuzione, che è secondario, sussidiario ed eventuale.

Si cerca cioè la natura e l' essenza dell' obbligazione in un momento in cui essa è mortificata e sconvolta dal fatto anormale dell' inadempimento, ed anzi addirittura trasformata in altra obbligazione sostitutiva della precedente, se si considera il nuovo rapporto tra creditore e debitore, ed in un diverso rapporto di natura mista, privata e pubblicistica, se si tien presente la situazione giuridica in cui creditore e debitore vengono a trovarsi per l' in-

---

[1] V. su ciò p. es. Windscheid, *Pandette* II. § 250 — Jhering, riassunto dallo Scialoja in *Archivio giuridico* XXV, pp. 478 - 492.

[2] Per il diritto civile it. è decisivo l' art. 1116 C. C.

[3] Arnadts-Serafini — *Pandette*, II, § 202 e nota 3. Polacco — *Le obbligazioni* I, p. 191 e seg.

tervento esecutivo dello Stato, dall'uno preteso e dall'altro subìto.[1]

Del resto la natura non patrimoniale della prestazione mancata, se esclude la riparazione indiretta mediante risarcimento del danno, non esclude del pari la possibilità di altre forme di riparazioni, come p. es. l'esecuzione specifica, onde non può a priori dirsi che l'obbligo di eseguirla non possa essere rinsaldato dalla minaccia dell'esecuzione, che si vuole elemento specifico dell'obbligazione.

Non si intende con ciò negare la validità scientifica della categoria degli *obblighi patrimoniali di diritto privato*, se l'elemento della patrimonialità rende « ad essa applicabili regole e sanzioni, che sono assolutamente inapplicabili a quegli altri innumerevoli obblighi, che tale valore non abbiano ».[2] Anzi è proprio e soltanto questa l'utilità e, perciò, la legittimità di una distinzione scientifica.

Quel che si contesta è soltanto la portata di questo elemento discretivo, il quale, perchè riflettente una nota del tutto secondaria del concetto di obbligo, non può avere la pretesa di porre una distinzione fondamentale. Se l'elemento differenziale tra obbligo ed obbligazione dovesse proprio consistere nella patrimonialità della prestazione, i negatori della distinzione avrebbero pienamente ragione.

Crediamo invece che la base di una distinzione fondamentale nel campo degli obblighi si possa a buon diritto porre nel fattore generativo del rapporto obbligatorio, nell'elemento o forza per la cui virtù si stabilisce il rapporto e se ne forma il contenuto[3], val quanto dire nella fonte dell'obbligo.

Or, sebbene in un senso ampio sia sempre la norma la fonte,

---

[1] BRUNETTI — *Il delitto civile* — *Importanza che il principio dell'autolimitazione statuale, affermato nella scienza del diritto pubblico, ha per la scienza del diritto privato* — Atti della Soc. It. per il progresso delle scienze 1912 — *Norme e regole finali nel Diritto*, il quale considerando l'obbligo dell'adempimento a *un dovere libero*, riduce l'essenza giuridica dell'obbligazione ad un *lasciare che il creditore si soddisfaccia sui beni*. CARNELUTTI — *Appunti sulle obbligazioni* (Riv. di Dir. Comm. anno XIII N. 7 e 8 p. 1) spec. alle pp. 8, 12 dell'estr., il quale ritiene contenuto essenziale del rapporto obbligatorio la tolleranza (*pati*) del debitore.

[2] PACCHIONI — Appendice I. alla trad. it. delle *Obbligazioni* del SAVIGNY, p. 650.

[3] Cfr. SCUTO — *Classificazione delle fonti delle obbligazioni* — Foro it. 1923, F. III, p. 12 dell'estratto.

il fattore generativo degli obblighi di ogni sorta, pur tuttavia, come si è più su osservato, vi sono degli obblighi che la norma fa nascere dall'intervento di circostanze estranee al soggetto, il quale *viene* perciò *obbligato*, ve ne sono degli altri condizionati dall'attività del soggetto, il quale in tal modo *si obbliga*. Si individuano così due concetti, l'uno *passivo*, effetto dal venir obbligato, che bene si esprime con il termine *obbligo*, l'altro attivo, azione dell'obbligarsi, ossia *obbligazione*.

Questo fondamento attivistico dell'obbligazione, sebbene non sia stato sin ora posto nella dovuta luce, tuttavia, sia pure inconsciamente, è rimasto sempre il punto fermo intorno a cui si è formato e si è svolto il concetto.

Da tempo la storia del diritto e l'etnologia giuridica hanno provato la generale validità di quanto il Perozzi[1] ha poi, traendo ispirazione da questi trovati, potuto stabilire circa l'origine dell'obbligazione romana.

È soltanto l'attività della gente che può modificare la sua originaria *libertas*. L'offesa, arrecata ad un altro gruppo, la rende obbligata alla soddisfazione, mediante componimento o abbandono nossale, il patto (quando l'evoluzione giuridica avrà superato la permuta) al puntuale adempimento sotto pena della vendetta. È perciò la gente, che *si obbliga* mediante il delitto o mediante il negozio. E queste in sostanza, anche quando per il frangersi dell'unità gentilizia le obbligazioni aderirono al soggetto singolo, come già precedentemente gli obblighi intragentilizi, rimasero sempre le fonti delle obbligazioni per il diritto romano, la cui riconosciuta tendenza ad escludere fra queste la legge, non fu tanto, come generalmente si ripete, effetto di spirito individualistico, ma pura necessità di concetto.

L'inclusione della legge fra le fonti delle obbligazioni ed il conseguente riconoscimento di obbligazioni, non determinate dall'attività del soggetto, dipendono unicamente dalla naturale tendenza a riunire in unica sistemazione le obbligazioni e gli obblighi corrispondenti ai diritti di credito, tendenza che condusse poi alla

---

[1] *Obbligazioni romane* — p. 59, *Istituzioni* p. 2.

identificazione, [1] scientificamente censurabile, tra *obligationes* e *debita*.

L' esperienza bimillenaria ha dimostrato l' utilità conoscitiva di questa sistemazione unica, la quale resta perciò pienamente legittimata. Ma l' identificazione tra debito (obbligo corrispondente al diritto di credito) ed obbligazione, se non presenta gravi inconvenienti relativamente ai sistemi giuridici in cui, come nel romano, i diritti primari all' altrui prestazione sono sconosciuti o quasi, è di massima arbitraria, poichè siffatti diritti primari sono in astratto pienamente configurabili, e la realtà giuridica li va anzi di continuo moltiplicando (si pensi ai numerosi obblighi di assistenza posti dall' odierno diritto positivo).

Del resto la legge, equivocamente ed artificiosamente introdotta nel sistema delle fonti delle obbligazioni, vi è rimasta sempre corpo estraneo, non assimilato, anzi nettamente distinto come olio in vaso di acqua. A tutte le altre fonti, fornite ciascuna di particolare fisionomia, ma tutte riconducibili all' unico concetto di atto [2], si contrappone, elemento disarmonico nel sistema, la legge, categoria indistinta, assorbente ed indelimitabile, aperta ad ogni genere di obblighi, e non soltanto a quelli che dalla tradizione

[1] WINDSCHEID — Pandette, Vol. cit. § 251.

[2] Soltanto l' obbligazione del *dominus negotii* da quasi contratto si rifiuta ad essere configurata come determinata da atto del debitore; presentandosi essa invece come obbligazione nascente, come ben osserva lo SCUTO, op. cit. p. 7, dalla volontà del creditore. Ma è noto che la dottrina moderna, dopo aver vanamente tentato di giustificare la figura del quasi contratto, e dopo aver toccato col VENEZIAN, (op. cit. pp. 23 e segg.) e col PLANIOL — (*Traité elementaire de droit civil*, vol. II, n. 2273 e segg.) gli estremi di concepire come obbligazione nascente dall'illecito quella del *gestor* e quella del *dominus negotii*, è pervenuta alla negazione di questa speciale fonte di obbligazione. (SCIALOIA A.—*Le fonti delle obbligazioni*, in Riv. di Dir. Comm. Vol. II, p. 524 PLANIOL— *Classification des sources des obbligations*, nella Revue critique de legisl. et de jurisprudence, volume 43 p. 224 e segg. RAMM — *Der Quasitrontrakt nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, p. 51, e da ultimo SCUTO, op. cit. 7 e segg.) e di ogni possibilità di stabilire la distinzione tra le obbligazioni legali e le quasi-contrattuali. (GOUBLET — *La notion du quasi-contrat* — *Classification rationelle des obligations* p. 51). — Cade qui acconcio ricordare l' opinione del PACCHIONI, per noi molto significativa, secondo la quale dalla *gestio*, dall' atto del gestore, discende soltanto l' obbligazione di quest'ultimo e non anche l'obbligazione dal gerito, per la quale bisogna ricercare altrove la fonte (v. *Gestione degli affari altrui* [1897] e Bull. dell'Ist. di Dir. Rom., IX, p. 50-87). A base di questa opinione sta proprio il fondamento attivistico dell' obbligazione da noi asserito: il gestore può essere obbligato dalla gestione, che è fatto suo, il gerito no, perchè a quel fatto fu estraneo.

legislativa e dottrinale hanno ricevuto la qualifica di obbligazioni.

Non vi è difatti dubbio che un concetto di fonte di obbligazioni, in cui venissero accozzati atti, leciti ed illeciti, e legge, entità esistente in più alto piano, risulterebbe insanabilmente sincretistico.

Nè sarebbe possibile evitare questo vizio logico sostituendo alla legge i diversi fatti, a cui essa connette il sorgere degli obblighi. Nessuna enumerazione, nessun raggruppamento riuscirebbe a comprenderli.

In fine l' ammissione della legge nel sistema delle fonti delle obbligazioni ne escluderebbe l'atto illecito, il quale, quanto meno, verrebbe degradato alla funzione di fonte secondaria.

È stato difatti osservato [1] che il delitto propriamente si debba considerare come l'inadempimento del precetto di non recare ad altri ingiusto danno, nè per dolo nè per imprudenza o negligenza, e che perciò, logicamente, fra le fonti delle obbligazioni debba ascriversi soltanto quel precetto. E questa osservazione, che sconvolgerebbe l' ormai millennario sistema delle fonti delle obbligazioni, eliminandone proprio quella che può dirsi la progenitrice di tutte le altre, il delitto, sarebbe giusta se gli obblighi, discendenti dalla legge o, il che è lo stesso, condizionati da fatti non atti, potessero essere concepiti come obbligazioni, cioè se fossero ammissibili altre fonti di obbligazioni oltre gli atti. Prova evidente, questa, dell' inammissibilità di queste altre fonti.

Invece è chiaro che il delitto è fonte autonoma di obbligazioni proprio perchè *l' atto* dell' inadempimento di un precedente obbligo primario produce l' obbligo della riparazione, che, per questa sua genesi attivistica, è obbligazione.

Crediamo in conclusione che si possa affermare che fonte dell' obbligazione sia unicamente l' atto.

Non affermiamo però la reciproca, e cioè che tutti gli obblighi determinati da atti siano sempre obbligazioni. Questa proposizione estenderebbe il concetto di obbligazione molto al di là dei limiti segnatigli dalla tradizione giuridica e dalla stessa origine

[1] PALADINI — op. cit., p. 57.

storica dell'istituto, che gli impresse quella natura essenzialmente privatistica, la quale non permette che il concetto di obbligazione venga aperto a tutti gli obblighi a genesi attivistica. La terminologia si vendica contro i suoi aggressori facendoli cadere in vani giuochi di parole; e del resto essa, oltre e prima che strumento, è oggetto della scienza del diritto, la quale, perciò, normalmente farà bene se, invece di usarle violenza, si limiterà a distinguere ed a sistemare i concetti, che l'uso della lingua ha posto dietro a ciascun termine.

Riconosciamo perciò che il concetto di obbligo a genesi attivistica debba essere limitato se si vuol determinare il concetto di obbligazione. E crediamo che la nota dell'eguaglianza tra debitore e creditore, impressa al concetto dal suo svolgimento privatistico, possa essere ben resa indicando l'obbligazione come obbligo corrispondente ad un diritto di credito determinato da atto del debitore.

Ci affrettiamo però ad aggiungere che non è stata nostra intenzione affrontare il grave problema del concetto e delle fonti delle obbligazioni. Non sono questi argomenti che possano essere toccati di scorcio. Qui ci interessava soltanto di porre nel giusto rilievo l'importanza dell'elemento attivistico nell'obbligo [1], poichè quest'elemento è fondamentale per il concetto di responsabilità.

§ 2°) L'operazione, mediante la quale ricolleghiamo un fatto al soggetto e lo riconosciamo, perciò, come atto, si dice *imputazione*.

Dall'analisi fatta al principio del paragrafo precedente, dalla quale è risultato che la norma per sua natura attribuisce ai soggetti diritti ed obblighi, rimane chiarito che l'*imputazione* di diritti e di obblighi è una necessità fondamentale ed insopprimibile, che rampolla dal concetto stesso della norma.

[1] L'importanza dell'elemento attivistico come base scientifica di distinzione nella dottrina del diritto era già stata rilevata dai giuristi tedeschi del principio del secolo scorso, i quali vi avevano fondato su la partizione dei rapporti giuridici, secondo l'origine, in nascenti indipendentemente dalla volontà che ne trae diritti od obblighi ed in creati dalla volontà, sia giusta o ingiusta, di una sola persona o di due parti. D'onde traevano poi la contrapposizione tra obbligazioni da stato (Zustands-Obligationen), da una parte, ed obbligazioni da affari (Geschäfts-Obligationen) ed obbligazioni da delitti dall'altra. Tuttavia, come si vede, qui il termine obbligazione è usato come sinonimo di obbligo in generale. Si veda per tutti AHRENS — *Corso di diritto naturale*, (Traduzione italiana Marghieri, 1885), p. 141 e segg., V. I.

Qui è parola di un'altra figura d'imputazione, che si delinea e mostra la sua necessità logica, che è in pari tempo la sua giustificazione, solo allorquando, facendo dipendere la norma il prodursi di determinate conseguenze giuridiche dall'attribuzione di un determinato fatto al soggetto, sorge la domanda: a chi questo fatto dev'essere attribuito?

I casi, in cui l'imputazione si rende necessaria, sono, perciò, tanti, quanti quelli in cui la norma assume in ipotesi un fatto come atto.

Fra questi innumerevoli casi d'imputazione, che qui sarebbe inutile partitamente esaminare, ve ne sono alcuni in cui questa operazione si compie al fine di attribuire al soggetto dell'atto le conseguenze giuridiche dell'atto stesso.

Ciò avviene quando l'imputazione dell'atto, ipotizzato dalla norma come condizione del sorgere del diritto o dell'obbligo, riconduce allo stesso soggetto del diritto o dell'obbligo. In altri termini, nei casi posti in esame, imputazione di atto ed imputazione di obbligo o di diritto coincidono nel medesimo soggetto.

Ed allora il soggetto ci appare determinatore, mediante la sua attività, dei propri obblighi e dei propri diritti, ed in questo senso artefice della sua condizione giuridica, cioè di sè stesso.

Il nesso tra soggetto e fatto, l'atto, diviene fondamento dell'obbligo e del diritto.

Essere obbligato dai propri atti, per la bilateralità insita nel concetto di obbligo, significa subire le conseguenze di essi di fronte ad altri soggetti, significa *risponderne*.

E così mentre l'imputazione indica il nesso tra atto e soggetto, la responsabilità esprime il titolo, la base attivistica dell'attribuzione di dovere.

La responsabilità è insomma imputazione di obbligo fondata su imputazione di atto, ed il suo concetto coglie perciò una determinazione concettuale e reale dell'obbligo.

In questo senso la responsabilità trova il suo contrapposto in « incidenza » che potrebbe dirsi, se l'apparente contraddizione

dei termini lo consentisse, la determinazione passiva dell'obbligo.

Alla determinazione attivistica dell'obbligo fa riscontro la determinazione attivistica del diritto. Ma la terminologia giuridica non conosce un'espressione, che colga quest'ultimo concetto.

§ 3°) Abbiamo più su avuto occasione di esprimere il nostro ossequio per la terminologia consacrata dalla tradizione. Ci corre perciò l'obbligo di esaminare se per caso non abbiamo identificato come responsabilità un'entità logica diversa da quella, che comunemente si intende con quel termine.

Da questo esame traiamo però ragione di conforto.

Nessun dubbio che l'uso comune e l'uso scientifico concordino nel fondare la responsabilità sull'attività. Si dice difatti che l'uomo è responsabile delle proprie azioni, e lo stesso problema, che costituisce l'obbiettivo di queste ricerche, è tale in quanto riesce inesplicabile come si possa esser chiamati responsabili fuori che sul fondamento di un'azione imputabile.

Una certa discordanza sorgerebbe dalla particolarità che, secondo il nostro concetto, ogni atto è capace di fondare responsabilità sol che l'ordinamento giuridico gli attribuisca la potenza di generare un obbligo per il soggetto, cui l'atto è imputabile, mentre comunemente la capacità generativa di responsabilità si riconosce soltanto all'atto illecito.

Ma questa opinione, che può dirsi comune sino ad un certo punto [1], riflette più un tipo particolare di responsabilità che il suo concetto generale, e la tendenza del primo a soppiantare il secondo è un portato della circostanza, d'ordine del tutto contingente, che lo schema della responsabilità ha avuto un'elaborazione quasi esclusivamente penalistica. Ed è di fatti naturale che nei sistemi penali moderni, nei quali non è pena senza l'infrazione della norma penale, la responsabilità non possa sorgere che sulla base di un atto violatore di un precetto penale, cioè illecito.

Ma, come dicevamo, non si tratta che di un tipo di responsabilità, sia pure il più appariscente.

[1] Su ciò si veda retro il § 2° del 3° Cap.

Però è anche comune il concetto di responsabilità politica, la quale si determina per il solo insuccesso dell'azione [1], anche se questa sia stata dominata dal più perfetto ossequio a tutte le norme deontologiche e tecniche, le quali del resto divengono in politica anche deontologiche per virtù del fine.

E senza uscire dal dominio del diritto, è facile constatare che il concetto di responsabilità nel diritto privato non è fondato sull'illiceità dell'atto.

Non invochiamo gl'innumerevoli casi di responsabilità senza colpa, poichè così dimostreremmo con il dimostrando.

Potrebbe a prima vista sembrare che la nota distinzione tra *Schuld* ed *Haftung* nel concetto di obbligazione potesse fornirci argomento a questa dimostrazione. È difatti chiaro che, se debito e responsabilità si potessero ritenere note coessenziali del concetto di obbligazione, nell'obbligazione da contratto si avrebbe una responsabilità per atto eminentemente lecito.

Senonchè l'*Haftung*, di cui si parla nella cennata teorica, non coincide col concetto di responsabilità qui esaminato, che in tedesco viene espresso col termine « *Verantwortlichkeit* ». Si tratta evidentemente di un'improprietà di traduzione in cui sono incorsi gli espositori italiani e che del resto è già stata avvertita dal Polacco [2], il quale preferisce tradurre « rispondenza ».

Difatti, i giuristi tedeschi col termine *Haftung* indicano la garanzia che per il fatto dell'obbligazione viene a costituirsi a favore del creditore o sulla persona o sul patrimonio del debitore o di altri [3], la condizione di chi è tenuto nel caso che un dato debito, suo proprio od altrui, non venga adempito [4]. Si tratta perciò dell'obbligo potenziale o attuale (a seconda che il debito sia soddisfatto o no) di subire l'esecuzione, cioè della te-

[1] MICELI — *Principi di filosofia del diritto*, p. 570 e segg. sebbene egli dopo aver riconosciuto il principio tenti di temperarne la crudezza con considerazioni, che certo non si attengono al concetto di responsabilità.

[2] Op. cit., p. 77, n. 2.

[3] P. es. BRINZ — *Der Begriff obligatio*, (Zeitschrift für das Privat und öffent. Recht der Gegenwart) Vol. I, pagg. 11-40, che può dirsi il padre di questa fortunata teorica.

[4] P. es. V. VON AMIRA — *Nordgermaniches Obligationenrecht*, Ester Band — Altschwedisches Obligationenrecht, 1882, p. 40.

nutezza, non della responsabilità, che è la ragione, il titolo legale di quell'obbligo.

Però la facilità, *con cui i nostri giuristi adoperarono ed adoperano* il termine responsabilità per esprimere un simile concetto, da cui esula la nota dell'illiceità (ciò è evidente se è data una responsabilità distinta e financo discompagnata dal debito), prova che questa accezione non contrasta coll'uso normale del termine.

Del resto basta ricordare quanto abbiamo detto al § 2 del capitolo precedente circa il fondamento della responsabilità per inadempienza alle obbligazioni e circa la vera portata della *culpa in abstracto*, per convincersi che quello del necessario fondamento colposo della responsabilità non è che un *preconcetto dottrinario*.

Non crediamo infine di contraddire sostanzialmente al concetto comune di responsabilità considerando questa come ragione o titolo di attribuzione di obblighi, mentre in essa comunemente si ravvisa la ragione giuridica dell'attribuzione di determinate conseguenze svantaggiose. Il contrasto non esiste, *poichè l'attribuzione di conseguenze svantaggiose è attribuzione di obbligo di subirle* e l'obbligo è, da per se stesso, un'incidenza svantaggiosa.

§ 4°) Il concetto di responsabilità è dunque esteso quanto *quello di attività, poichè in ciascun ordine il soggetto per ogni atto e solo per l'atto può* esser *tenuto* responsabile. Ciò, però, non risolve ma pone il problema.

La responsabilità rimane un vuoto schema se non è chiarito il concetto di attività, su cui si fonda.

Le norme giuridiche presentano un numero indeterminabile di eventi positivi e negativi, a cui connettono il sorgere degli obblighi per il soggetto. Quali fra questi eventi diremo atti, dimodocchè gli obblighi ad essi conseguenziali possano dirsi determinati da responsabilità? Se la qualifica di atto pone nell'evento così indicato un riflesso di soggettività, *la natura di questo riflesso non potrà essere spiegata che dall'esame del concetto di soggetto di* diritto.

Ci chiarirà questa ricerca quali eventi possano essere considerati atti e perciò quali obblighi siano determinati da responsa-

bilità. Saranno così precisati i confini del concetto di responsabilità e sarà in uno delucidato se in essi trovi posto la cosidetta responsabilità senza colpa.

§ 5°) Il *soggetto* di diritto nella rappresentazione dei giuristi appare come un *portatore* di diritti e di obblighi, *al* quale comunemente si tende ad *assegnare* una realtà d'ordine *naturale*.

Questa realtà, che è senz'altro affermata per la persona fisica, si ricerca *anche* per la persona giuridica e sono noti i molteplici quanto vani tentativi fatti dalla dottrina moderna in questo senso. Ma la dottrina del diritto, dopo esser giunta con le più audaci tendenze della teoria organica ad affermare la realtà fisica della persona giuridica, rifece a ritroso la via, ripiegando prima sulla dimostrazione del fondamento reale della volontà della persona morale e finendo in ultimo col ritornare alla posizione primitiva, riconoscendo in sostanza la *finzione* della persona giuridica e limitandosi ad affermare che tra essa e la persona fisica (veramente reale questa) non si possa ritrovare altro elemento di identità fuori che la comune soggettività giuridica [1]).

Ma questa conclusione, mentre sembrerebbe una melanconica rinunzia ad adeguare il dualismo tra persona *giuridica* e persona fisica, ce ne indica invece la conciliazione. Poichè è chiaro che, se il contrasto non annulla l'*unità* del concetto di soggetto giuridico, *gli* elementi, che determinano il contrasto, a questo concetto debbono essere estranei. Cioè il soggetto *giuridico* deve attingere la *sua realtà* in un piano diverso da quello *in cui* è reale la persona fisica e la *giuridica* è irreale. Questa *realtà comune* non può essere che nella norma. *Così* mentre in un primo *momento* si è cercato di risarcire il contrasto, *riducendo* la persona giuridica alla persona fisica, adesso si segue la via *inversa*: si riduce questa a quella.

Abbiamo detto che la realtà del soggetto di diritto debba essere necessariamente nella *norma*. Ma non nella realtà della norma, se per tale si intende il *momento* in cui il documento legi-

[1] FERRARA — *Trattato di diritto civile*, Vol. I, P. I, p. 607.

slativo, il voluto, viene, dalla coscienza elaborato, tradotto in imperativi, riconosciuto come regola della prassi ed in questa realizzato.

Ma la norma giuridica, oltre che riconosciuta, anzi perchè riconosciuta, è conosciuta.

È stato detto che nella legislazione eteronoma, a differenza che nell'autonoma, conoscenza e riconoscimento della norma possano non coincidere [1]. Ciò perchè, mentre nella seconda ha il valore di norma solo quella che per tale è accettata, nella prima anche le non accettate possono valere come norme, ond'è possibile che siffatte norme possano essere ad un tempo conosciute e non riconosciute.

Il nostro dissenso da queste vedute appare già da quanto abbiamo detto nel *primo capitolo*. La natura autonoma od eteronoma della norma non ci denuncia che la diversa fonte. Ma l'essenza della norma consiste tutta nell'essere regola delle azioni ed è tale solo in quanto è riconosciuta. Può valerci anche da criterio di valutazione delle azioni di chi non la riconosce, ma in questo senso la norma non è più volizione di classe di azioni, cioè non è veramente più se stessa.

Tuttavia l'impossibilità di concepire una norma, che non sia nel medesimo tempo conosciuta e riconosciuta, non esclude che i due momenti possano essere concettualmente distinti.

Possiamo difatti ricercare la conoscenza scientifica del sistema del diritto vigente come di quello del diritto Romano, come di quello del codice di Manu. Ed anche l'interprete, che cerca nella norma la guida della sua azione, deve necessariamente indagarla e perciò obbiettivarla. Anzi, se vuole intenderne appieno il comando, deve risalire alla conoscenza scientifica, al sistema.

Or, se guardiamo alle norme nella loro realtà spirituale, non vi è dubbio che loro soggetto non possa essere che l'uomo nella cui coscienza si celebra il riconoscimento, che della norma è l'atto creativo. Anzi, a rigore, non si potrebbe parlare di soggetto delle norme, poichè queste sono un momento della subiettività, un suo atto e perciò essa stessa.

---

[1] Kelsen — op. cit., p. 17.

Evidentemente, perciò, non può essere questo il soggetto di diritto che trova posto nella costruzione scientifica del sistema. Qui la norma è isolata dalla sua realtà spirituale, ed è chiamata norma come vien chiamato uomo il cadavere. In questa considerazione obbiettivistica, che altri impropriamente chiamò normativa in contrapposto all'esplicativa per significare che qui la norma è studiata nella sua forma logica e non nel suo reale divenire di fatto spirituale [1], non ci domandiamo chi sia capace d'intendere l'imperativo della norma e di sottoporvisi, ma soltanto a chi una norma od un sistema di norme attribuisce gli obblighi ed i diritti, che da essi si ricavano.

In questa considerazione il soggetto del riconoscimento è, come tale, perfettamente estraneo; esso non vuole, non sente, non vive la norma, ma se la oppone come oggetto da conoscere e le domanda a chi essa attribuisca obblighi e diritti. Magari questa operazione di pensiero tenderà al fine pratico di osservare la norma e di trattare da soggetti quelli, che la norma per tali considera. Ma l'operazione in se stessa è identica a quella, che potrebbe compiere il disinteressato indagatore di un sistema giuridico non più vigente.

Posta in questi termini, la domanda ha in sè la risposta.

Il soggetto di diritto è quello a cui vengono attribuiti diritti ed obblighi, e se è la norma che questi pone ed attribuisce, è evidente che il soggetto di diritto è un'entità ricavabile soltanto dalla norma.

Si può perciò affermare che il soggetto giuridico è un cen-

---

[1] Il Kelsen ripetutamente nella sua copiosa produzione (si veda p. es., la *Vorbemerkung* all'« *Über Staatsunrecht* » etc. p. 1 e segg. dell'estratto) dichiara che obbietto del suo studio è il « dovere » e non l'« essere » e perciò contrappone la dottrina *normativa* (tale in quanto tende alla costruzione scientifica del sistema logico delle norme) alla sociologia del diritto o dottrina *causale esplicativa* del diritto.

Ma è facile osservare che il dovere è così opposto come « essere », perciò la cosidetta considerazione normativa dà luogo ad una scienza a metodo obbiettivo—naturalistico, che non differisce sostanzialmente dal metodo causale-esplicativo, che si vorrebbe proprio della sociologia del diritto. Bene a ragione osserva il Bonucci *(Il fine dello Stato*, cit., p. 17) che la contropposizione Kelseniana tra scienze esplicative e normative si fonderebbe su questa sola differenza, che le prime considerano i dati nella loro connessione causale, mentre le seconde si limitano a definire ed a classificare concetti. Evidentemente perciò anche queste ultime si fondano su metodo obbiettivistico.

tro d' imputazione di diritti e di obblighi e che ogni altra determinazione, attinta alla realtà naturale, non pertiene all'essenza di questo concetto.

Il punto di convergenza delle diverse linee d' imputazione può coincidere colle realtà naturali più disparate, o anche con nessuna. Comunemente coincide con l' uomo.

Ma non sempre l'uomo è soggetto di diritto, nè ogni soggetto di diritto è uomo. Lo schiavo non è soggetto di diritto, e soggetto di diritto può essere il bruto, la cosa, una realtà immaginata come naturale, p. es. l' anima, la divinità.

Può essere infine soggettivizzata dalla norma e per la norma un' entità meramente ideale. Gli esempi sono alla portata di tutti.

Ma, lo ripetiamo, tutte queste distinzioni sono estranee all' essenza del concetto. L' uomo non viene in considerazione nella norma perchè processo bio-psicologico, nè l' ente ecclesiastico in quanto fatto sociale con le sapute peculiarità. L' uno e l' altro sono per il sistema del diritto rilevanti solo in quanto nel sistema stesso vengono assunti ed indicati come centri di obblighi e di diritti.

Molto acutamente il Kelsen, giovandosi di uno dei soliti paragoni tra la teologia e la scienza del diritto, di cui egli tanto si compiace, disse che la persona giuridica (in senso ampio: tanto la fisica, che la giuridica propriamente detta) è una sorta di *anima* del Diritto. [1] È difatti vero che l' uomo, come è considerato nella teologia, nel sistema di Dio, che è puro Spirito, solo per la sua essenza spirituale, perchè *anima*, così ha rilevanza soggettiva nel sistema del Diritto solo per il suo valore giuridico, perchè persona di diritto. La sua entità naturale, i suoi attributi fisio-biologici sono all' uno ed all' altro sistema estranei. Introdurre l' uomo, come realtà naturale, nel sistema scientifico delle norme sarebbe sincretistico, poichè si porrebbe in rapporto il sistema della natura con il sistema della norma, dal quale per l' ipotesi della Scienza formale del Diritto deve essere tenuto ben distinto.

---

[1] *Zur Theorie der juristischen Fiktionen*, (Annalen der Philosophie 1919), p. 635 — *Das Verhältnis von Staat und Recht im Lichte der Erkenntniskritik*, p. 40 e segg.

Nel sistema del Diritto non vi è che il soggetto, la persona giuridica, la quale ha la stessa realtà della norma in quanto semplice proposizione logicamente interpretabile: una realtà puramente intellettuale.

Possiamo perciò dire del soggetto di diritto in generale quanto della persona giuridica ha efficacemente detto il Ferrara [1] sulla traccia del Pollak [2].

Le persone di diritto « sono una *realtà*, non una finzione, ma una realtà del nostro mondo giuridico, non della nostra vita sensibile. Le persone giuridiche non si vedono e non si toccano, nè sono una categoria di organismi naturali da porsi accanto agli uomini (o da identificarsi con essi, aggiungiamo noi quanto alle persone fisiche), ma sono degli istituti giuridici nello stesso tempo reali, come sono reali un' obbligazione, un' eredità, un contratto ».

§ 6°) Le premesse, da cui siamo partiti, ed il procedimento tenuto per ricavare e delimitare il concetto, ci dispenserebbero da ogni ulteriore delucidazione circa la specifica realtà da noi riconosciuta al soggetto di diritto.

Ma, poichè soggetto giuridico e persona di diritto sono espressioni equivalenti dello stesso concetto, non saranno superflui altri chiarimenti tendenti a mondarlo dalle aderenze sostanzialistiche, che alla seconda espressione sono quasi immanenti.

Difatti considerare la persona portatrice o, come suol dirsi, investita di diritti e di obblighi, equivale ad ammettere, oltre ai diritti ed agli obblighi, un *quid*, una qualche cosa di più profondo, di più veramente essente, cui quelli verrebbero quasi ad aderire. Equivale cioè ad introdurre nel sistema del diritto il concetto di sostanza, di cosa in sè, che la filosofia moderna ha ormai definitivamente bandito.

Come non vi è più posto nella psicologia per uno spirito portatore delle facoltà di pensare di sentire e di volere e che sia qualche cosa di diverso dalla continuità di questi atti, non è pen-

---

[1] Op. cit., p. 610.

[2] *Die kritische Rechtswissenschaft und das Problem von der Wirklichkeit der jurist. Person* (Zeitschrift fur Völkerr. 1907, p. 82).

sabile un soggetto di diritto, che sia qualche cosa di diverso dal diritto e dall' obbligo.

Cioè, come lo spirito è la sintesi, la personificazione dei singoli atti spirituali, il soggetto di diritto è la personificazione della norma, la sintesi personificativa delle facoltà e dei doveri astratti dalla norma.

È la necessità della nostra mente di costruire in unità il molteplice, che ci costringe all'una ed all'altra sintesi, con le quali dominiamo l' infinita varietà dell' esperienza.

Ma il pensiero, scaltrito da questa conoscenza, dovrà guardarsi dal considerare queste unità concettuali, da lui create, come espressioni di realtà diverse e distinte dalla realtà dei singoli con esse unificati. Altrimenti cadrebbe in una ipostasi duplicante la realtà.

Non però questi concetti unitari sono delle finzioni [1]. Se il pensiero li crea non arbitrariamente, ma obbedendo alla necessità del suo processo, poichè solo con essi può ordinare, e, cioè, dominare intellettualmente il suo obbietto, è chiaro che questi concetti non sono degli artifici volontari di valore provvisorio, di cui il pensiero, in un momento susseguente, possa e debba liberarsi. Ciò può fare solo a costo di rinunziare ai fini conoscitivi per cui li ha creati, cioè negando se stesso. Quello che al pensiero agguerrito si può chiedere è soltanto che rimanga cosciente della genesi e del valore di queste sue creature.

§ 7°) È stato così il soggetto di diritto sottoposto ad un duplice procedimento di chiarificazione: lo si è prima trasferito dal mondo della natura nel sistema della norma, e si è poi constatato come in questo non esprima una realtà diversa dagli obblighi e dai diritti, che unifica.

[24] Il Kelsen — *Zuz Theorie der* etc., applicando nel campo della critica della conoscenza del diritto la filosofia vaihingeriana dell'« Als Ob » ascrive la persona giuridica fra le finzioni personificative determinate dall'impulso antropomorfistico che domina la mente umana, la quale tende ad ipostatizzare i fenomeni nella forma di persona, di soggetto, per renderli così più evidenti, per averne cioè più facilmente la visione unitaria. Ma una finzione personificativa ipostatica ed erronea, e perciò da non accettarsi neanche provvisoriamente, sarebbe racchiusa soltanto nel concetto di persona - sostanza e non anche nel concetto critico da noi delineato.

Ma, chiarito l'ordine in cui questo concetto è operativo, bisogna svolgerne il contenuto.

Abbiamo affermato che il soggetto di diritti è punto ideale d' imputazione di diritti e di obblighi, che è personificazione della norma.

È questa una verità, che per vie diverse tende ormai ad affermarsi nella dottrina sia filosofica che scientifica del diritto.

Se si considera il reale divenire del diritto, celebrantesi nell' intimità dello spirito, riesce perspicuo che l'io, solo nell' atto in cui si pone come diritto, cioè solo nel momento in cui si riconosce l'*alter* come *socius*, pone sè e l'*alter* come soggetti di diritto. [1]

È questa una verità diremmo quasi immediata, poichè è evidente che il soggetto, prima di porre il processo del diritto, non può avere l' autocoscienza della propria soggettività giuridica, nè riconoscere l'*alter* come persona. È perciò vero che il rapporto giuridico genera i suoi termini [2] e che la persona è posta dal diritto.

Ma non è questo il piano della nostra ricerca. Ad esso si perviene se si esamina la soggettività giuridica dell' *alter*, quale appare allo spirito che la riconosce, o il generale concetto di soggettività giuridica quale se lo rappresenta lo spirito nel momento in cui non si pone come termine del processo giuridico, ma questo obbiettiva per conoscerlo.

Se lo spirito è spirito umano, non vi è dubbio che soltanto questo è capace di porsi come termine del rapporto giuridico, come persona del diritto. Ma la domanda è per noi un' altra: quale la natura e l' essenza dei soggetti giuridici, che lo spirito nel momento della giuridicità si contrappone, o, il che è lo stesso, quale la natura e l' essenza del soggetto giuridico, che noi conosciamo conoscendo e, perciò, obbiettivando il rapporto giuridico?

Nella posizione scientifica il problema si riproduce con esattezza, e la sua soluzione è tutta contenuta nell' analisi della norma, che costituisce il punto di partenza di questo capitolo.

[25] Vedi in vario senso: Petrone, *Il diritto nel mondo dello spirito*, Milano 1910, p. 194-195. Levi, *Contributi*, etc. § 13 — Maggiore, *Il diritto e il suo processo ideale*, pag. 81 e segg.

[26] Maggiore — op. cit., p. 86, 105.

La norma, come già il rapporto giuridico nella precedente ricerca, genera i suoi termini.

Il soggetto dell' obbligo e l' oggetto (contenuto) dell' obbligo non sarebbero se la norma non fosse, e senza di questa non sarebbero l'oggetto (contenuto) e il subbietto di diritto, che da essa del pari si ricavano. Ogni loro realtà, fisica o morale, precedente o diversa da quella che subbietto ed obbligo assumono nella norma, è per questa irrilevante e di ordine diverso e, quindi, al suo sistema irrelativa.

La norma nella posizione dei suoi termini è libera, poichè essa non conosce nessun limite fuori che la sua forma logica. Ed al fine della costruzione del sistema del diritto è semplicemente frustraneo indagare se l'obbligo, attribuito al soggetto, sia da questo eseguibile e se il soggetto sia effettivamente capace di intendere l'imperativo della norma. Difatti l'indagine sulla praticabilità e sull'efficacia della norma non trova posto nella costruzione del sistema giuridico e può essere tema di una scienza causale esplicativa, di una sociologia del Diritto.

Se poi dalla considerazione della singola norma si assurga alla considerazione del sistema delle norme, cioè del diritto, il soggetto della norma si slarga nel soggetto di diritto, ed i singoli obblighi ed i singoli diritti nel loro insieme sistematico, cioè nella condotta dovuta o autorizzata.

Come bene ha affermato recentemente il Kelsen [1], tanto le persone giuridiche quanto le cosidette persone fisiche sono le personificazioni di ordinamenti giuridici parziali; così gli enti del loro speciale ordinamento, le società per azioni dello statuto e della legge che le ammette e le configura, la persona fisica di tutte le norme giuridiche regolanti la condotta di un uomo.

Ciò appare intuitivo sol che si richiami la verità, più su dimostrata, che è soltanto l'atto di analizzare la norma che pone simultaneamente ed il concetto di soggetto e quello di obbligo e di diritto. In questo senso il soggetto della norma ed il soggetto del complesso delle norme, che impongono e riconoscono ad una

[1] *Das Problem der ouveränität* — Tübingen 1920, p. 20.

determinata entità fisica o soltanto ideale una serie di obblighi e di diritti, sono la personificazione o posizione soggettiva rispettivamente della norma singola e del sistema od ordinamento giuridico parziale.

Ma bisogna tener presente che, quando noi, per comodità del discorso, parliamo di entità fisica o soltanto ideale, a cui vengono attribuiti diritti ed obblighi, cadiamo in un paralogismo sincretistico, per noi soltanto verbale, poichè poniamo in relazione due ordini assolutamente irrelativi. Nessun attributo di giuridicità, e perciò neanche quello di «avere obblighi e diritti giuridici», può essere, difatti, predicato di un'entità estranea al diritto sino a che essa non si scolori di ogni sua altra determinazione, che non sia quella della pura soggettività giuridica. E del resto neanche del soggetto di diritto si può a rigore dire che «*abbia*» doveri o diritti, se esso in sostanza nulla è fuori che la pensata unità di questi.

Per noi soggettività giuridica non è capacità di diritto. Questa suppone un ente anteriore e distinto e perciò trascendente i diritti, di cui è capace. Per noi il soggetto giuridico è tutto nel diritto, è lo stesso complesso effettivo di diritti e di doveri posto dal sistema delle norme, è l'individuazione di una sfera di poteri e di doveri giuridici.

§ 8°) Concepito il soggetto di diritto come ideale personificazione della norma, sembrerebbe a prima vista impossibile parlare di una sua attività. Difatti come pensare agente questo, che noi abbiamo chiamato punto virtuale, in cui convergono tutte le linee d' imputazione dei doveri e dei diritti posti da un sistema parziale di norme? Come scoprire moto e vita in questa costruzione, che ha tutta la rigidità di una figura geometrica?

Questa difficoltà dovette pararsi anche di fronte al Kelsen [1], il quale afferma l' impossibilità di considerare attiva la persona che, concepita come un punto di costruzione normativa al di fuori del mondo del divenire reale, non può essere pensata che in inerzia. Da questa constatazione, anzi, il chiaro scrittore trae

[1] *Hanptprobleme*, etc. p. 74.

un argomento fondamentale per negare che il fatto possa essere imputato al soggetto in virtù del nesso causale.

Per la stessa ragione esclude che il rapporto tra il soggetto ed il fatto imputabile sia fondato sul nesso volontario o teleologico [1]. Del resto, continua il Kelsen, l'indagine su qualsiasi diritto positivo offre la prova quasi sperimentale di ciò: a titolo di colpa vengono imputati al soggetto non solo dei fatti, che non furono obbietto di volizione, giacchè non furono posti come fine, ma altri che financo non furono preveduti, come avviene sempre nei casi di negligenza e d'imperizia. E si giunge perfino a stabilire il nesso d'imputazione in base ad omissione, cioè in base all'assenza di volizione [2].

Invece, secondo il Kelsen, il nesso d'imputazione si stabilisce unicamente perchè è accaduto il fatto che si *doveva* omettere o non è accaduto il fatto che si *doveva* compiere. Il nesso d'imputazione è tutto in quel *dovere* che non ha trovato riscontro nella realtà effettuale; ed è stabilito prescindendo dall'esame sulla possibilità nel soggetto di adempiere il dovere, che può avere per contenuto anche dei fatti impossibili [3].

La risposta alla domanda che ci facciamo al cospetto di un fatto contrario alla norma: « chi ha colpa di ciò » ? ce la fornisce la norma stessa, la quale ci dice chi *doveva* evitare od impedire quel fatto.

Ed il soggetto del dovere la norma ce lo indica punendolo per l'avverarsi del fatto antigiuridico. « La risposta alla domanda « chi è da punire ? » dice del pari a chi è da imputarsi il fatto contrario alla norma ». Al proprietario della cosa è da imputarsi la caduta del corpo pesante e la morte del passante se, per questo fatto, quegli è per l'editto pretorio punito con una pena pecuniaria [4].

Perciò l'abituale giudizio « vi è pena perchè v'è colpa » dev'essere invertito nell'altro « vi è colpa perchè vi è pena » [5].

---

[1] Op. cit. p. 134 e segg.
[2] Op. cit. p. 72 e segg.
[3] Op. loc. cit.
[4] Op. cit. p. 142.
[5] Op. cit. p. 74 e segg.

Con ciò non si vuole escludere che l'imputazione giuridica possa coincidere col nesso causale o teleologico o volontario. Anzi normalmente è imputato al soggetto il fatto che egli ha voluto. Ma anche qui l'imputazione non segue perchè il fatto fu voluto, ma soltanto perchè si *doveva* tralasciare quel fatto. Può essere imputata al soggetto tanto l'uccisione casuale quanto quella intenzionale. In quest'ultimo caso nel fatto antigiuridico, e perciò solo imputabile, è sussunto, oltre al processo esterno dell'uccidere, anche l'interno psichico dell'intenzione.

Ma questo, dal punto di vista formale, non è nulla di più che un membro del fatto antigiuridico. Il quale è imputato non perchè intenzionale, giacchè la norma nel suo arbitrio può imputare anche i fatti casuali, ma soltanto perchè *doveva* essere tralasciato.

Le stesse constatazioni possono farsi anche nel campo del diritto civile e, più propriamente, del negozio giuridico. La volontà, che in questo domina, non è una volontà psicologica. Sono innumerevoli i casi (riserva mentale, errore inescusabile, violenza, etc.) [2] in cui vale come voluto ciò che psicologicamente non lo fu, e viene considerato come non voluto ciò che realmente lo è stato. Perciò si può affermare che nel diritto privato la dichiarazione non è valida (cioè imputata al soggetto) perchè voluta, ma viceversa è considerata voluta perchè valida. In altri termini anche qui è soltanto la norma che, a prescindere dai reali nessi psicologici, stabilisce quando la dichiarazione possa essere attribuita (imputata) al soggetto. [3] E generalmente si può dunque affermare che, dal punto di vista formale, i fatti giuridici, antigiuridici, leciti e doverosi, dichiarazioni etc. sono attribuiti al soggetto non perchè questo li abbia voluti o comunque causati, ma solo perchè la norma glieli attribuisce. [4] E perciò la volontà, che comunemente è intesa come un atto psicologico, mediante il quale il soggetto agisce sul mondo esterno, per il diritto non è che un punto di imputazione, al quale sulla base delle norme sono collegati i fatti esterni. [5]

---

[1] Op. cit. p. 139.
[2] Op. cit. p. 121 - 133.
[3] Op. cit. p. 132.
[4] Op. cit. p. 143 - 144.
[5] Op. cit. p. 145.

§ 9°) Ma la concezione kelseniana, sebbene abbia l'indiscutibile pregio di individuare il problema dell'imputazione e della responsabilità come problema puramente giuridico e perciò da porsi e da risolversi nei termini della teoria del diritto, prescindendo da ogni elemento naturalistico o comunque estraneo al sistema del diritto, tuttavia non può valere come soluzione, giacchè, secondo ci pare, perviene non al chiarimento del concetto di responsabilità, ma alla sua esclusione dal dominio della Scienza del Diritto.

Preso come punto di partenza un soggetto giuridico inerte, la ricerca di un nesso d'imputazione tra esso ed il fatto doveva riuscire necessariamente vana.

Difatti questo nesso in sostanza il Kelsen non riesce a fissarlo.

Se si guarda al concetto d'imputazione del fatto delittuoso o dannoso, riesce evidente che il Kelsen, quando dice che la norma, stabilendo chi debba essere punito a causa di un fatto, indica anche a chi quel fatto dev'essere imputato, cade in una tautologia. L'attribuzione ad un soggetto di una pena o di un obbligo di risarcimento pone in essere soltanto l'imputazione delle conseguenze giuridiche del fatto, ma non attribuisce a quel soggetto anche il fatto stesso. Siamo qui nuovamente di fronte all'imputazione di un obbligo (della pena o del risarcimento) non all'imputazione del fatto da cui quell'obbligo è condizionato. E se davvero questo concetto dell'imputazione dovesse essere accettato, cadrebbe ogni distinzione tra fatti imputabili e non imputabili, tra atti e fatti giuridici. Sarebbero tutti ugualmente imputabili al soggetto sol che la norma li ponesse come condizione del sorgere di obblighi.

E perciò anche la stessa costruzione dell'imputazione del fatto sarebbe superflua. Il terremoto, in quanto vi sia una norma che dal suo avverarsi faccia dipendere delle obbligazioni (p. es. indennizzo ai danneggiati), sarebbe ai soggetti di quest'obbligazione imputabile, come l'omicidio, come l'inadempimento di un'obbligazione. Veramente il Kelsen dice pure che un fatto antigiuridico è imputato in quanto il soggetto *doveva* il suo contrario. Ed è qui il seme di vero racchiuso nella costruzione. Ma non dà frutto.

E ciò sempre perchè il Kelsen non riesce ad individuare il legame, che collega il soggetto al fatto contrario al dovere. Egli dice: « il soggetto del dovere delle norme penali è a scoprirsi da questo, che nel caso di un fatto contrario alla legge è minacciato dalla pena e perciò il fatto è a lui imputato ». [1]

Questa affermazione contiene una tautologia, se intende dire che il punito sente le conseguenze penali del fatto, è un paralogisma, se intende dire che la norma considera chi è punito autore del fatto, è una constatazione storica, se vuol dire che, in un determinato sistema penale, la pena ricade soltanto sull'autore del fatto. Ma non svela il contenuto dell'imputazione tra fatto e soggetto. Il fatto imputato rimane sempre irrelativo al soggetto, e gli si riconnette solo estrinsecamente per il tramite dell'imputazione della pena da esso generata.

Quanto si è osservato circa l'imputazione del fatto antigiuridico può ripetersi dell'imputazione dell'atto doveroso e dell'atto lecito.

La stessa dichiarazione di volontà si riduce ad un fatto riferibile al soggetto nè più nè meno come l'accessione dei frutti. Si dice che la dichiarazione è imputata al soggetto (« voluta » secondo la terminologia tradizionale) semplicemente perchè valida, cioè in quanto la norma le attribuisce determinati effetti giuridici. Perciò anche la dichiarazione od il negozio giuridico diviene una entità irricollegabile *a tergo* con il soggetto.

Il soggetto o, secondo la terminologia tradizionale, la volontà, per la dottrina kelseniana non sono dei centri a cui alcuni atti si riconnettono nel loro momento genetico, ma soltanto, il punto a cui i fatti *esterni* (così il K. li chiama) sono riconnessi solo perchè ad esso vanno imputati determinati effetti giuridici di quei fatti, cioè diritti ed obblighi.

In sostanza, quindi, il soggetto rimane sempre e soltanto un immoto centro di imputazione di diritti e di obblighi, al quale riesce pertanto impossibile infondere l'attività giuridica, che pure è concetto essenziale della Scienza generale del Diritto.

§ 10°) Ma il soggetto può apparire inerte soltanto a chi consideri il sistema dei diritti e degli obblighi fissato in un deter-

[1] Op. cit. p. 73.

minato istante. Ma è questa una posizione irreale, che dev'essere abbandonata non appena cessino le opportunità di costruzione che l'abbiano suggerita.

Se dall' eterno fluire della realtà si astrae l' istante, la linea appare punto, il tempo attimo, il moto stato.

Lo stesso avviene del complesso dei diritti e degli obblighi posti da un determinato sistema particolare di norme, del soggetto di diritto. Questo, considerato in un momento qualsiasi, ci appare concretato in una determinata sfera di doveri e di poteri giuridici. Ma nell'istante susseguente ci avvedremo che quella sfera di obblighi e di diritti si è modificata. L'obbligazione di adempiere il contratto si è trasformata in obbligazione di risarcimento di danni, si è prescritto un diritto di credito, è sorto il diritto di testare, si è perduta la libertà di scegliere la dimora.

In un istante ancora susseguente ci accorgeremo di altre modificazioni.

Ed allora saremo costretti a concludere che il soggetto di diritto non è uno *stato* di diritti e di obblighi, ma, per così dire, una *sequela* incessante di stati, un processo. Per noi che abbiamo negato la persona—sostanza, il soggetto di diritti non può essere figurato come il punto fermo intorno a cui la sfera dei diritti e dei doveri si espanda e si restringa [1], ma come questa stessa sfera.

Perchè e come il soggetto di diritto si modifica?

Il perchè ed il come è tutto nelle norme.

Esse di fatti non operano simultaneamente. Anzi, poichè comandano o autorizzano azioni ed omissioni, tendono a regolare una condotta, cioè un processo. Perciò da tutte le norme del sistema particolare gli obblighi ed i diritti non si sprigionano in un sol tempo, in modo da costituire una sfera di doveri e di poteri immobile ed invariabile, come lo stesso sistema normativo, bensì successivamente fra loro addizionandosi, elidendosi, modificandosi, in modo che la sfera di doveri e di poteri da loro determinata appare affaticata da un moto continuo.

Ma riconosciuto che la ragione dell'esistere e del modificarsi

[1] Secondo l'immagine del Del Vecchio — *Il concetto del Diritto,* cit. p. 97.

del soggetto di diritto è nel sistema delle norme che lo ordinano, non vi è dubbio che causa empirica [1] della singola modificazione, della sfera della soggettività giuridica sia il verificarsi delle circostanze che la norma pone come condizione dell'effettività del suo comando e perciò del sorgere del singolo rapporto giuridico nella sua doppia polarizzazione di diritto e di obbligo.

Non vi è difatti dubbio che, sebbene posti e previsti dalla norma, l'obbligazione di risarcimento è effetto p. es. del mancato adempimento di precedente obbligo, la prescrizione del diritto di credito dell'elasso del tempo, il diritto di testare del compimento dell'età di diciotto anni, la perdita della libertà di scegliere la propria dimora dell'infrazione di un determinato imperativo penale.

Questi eventi, originanti i singoli rapporti giuridici e modificanti la soggettività giuridica, sono gli atti ed i fatti giuridici.

Ma in quanto diremo che un fatto è imputato al soggetto ed un altro no, in quanto distingueremo l'atto dal fatto? Il problema sta tutto sull'introdurre nel già determinato concetto di soggetto giuridico la nota dell'attività.

L'impresa non è facile.

Or ora abbiamo visto che il soggetto è modificabile. Ma *si* modifica?

§ 11°) La scienza del diritto ha riconosciuto al soggetto due distinti attributi, la capacità di diritti, nella quale è inclusa anche quella di obblighi, e la capacità di agire, distinguibile, sebbene non senza residuo [2], in negoziale, processuale e delittuosa.

Il primo attributo, la cui assenza escluderebbe la stessa soggettività giuridica, ha dichiarato essenziale, non così il secondo

[1] V. su ciò Levi — *Saggi*, Ordinamento giuridico, fatti e rapporti giuridici n. 2 — che afferma contro il Maggiore — *(Il diritto ed il suo processo ideale*, cit. p. 105) il fatto giuridico come causa del rapporto giuridico. V. su ciò anche Brugi — *Fatto giuridico e rapporto giuridico.* (Riv. internaz. Filos. del Dir. V. I, 1) p. 14-20.

[2] Come osserva il Ferrara, (op. cit. p. 462) traendo l'osservazione dall'Eltzbacher — (*Die Handlungsfähigkeit,* I. Berlino 1903), fuori dai limiti di questa tripartizione, rimane il campo poco esplorato della capacità di compiere efficacemente quegli atti o di assumere quei contegni che non appartengono ad alcuna delle tre categorie su distinte (p. es. fissazione o mutamento di domicilio, dichiarazioni di scienza, rinvenimento d'un tesoro, acquisto per occupazione etc.).

che, avendo per presupposto la capacità di volere, può come questa essere variamente limitato ed addirittura mancare.

Ma poichè i diritti e gli obblighi sono rispettivamente poteri e doveri di agire, ci sembra che la stessa capacità giuridica rimarrebbe inesplicabile senza la capacità di agire.

Il diritto soggettivo, comunque lo si voglia definire [1], signoria di volere, o potere di pretendere o di agire o di compiere atti volontari, è contraddetto, annullato, logicamente eliso dall'incapacità di agire o di volere.

E, difatti, il diritto soggettivo dell'incapace è un problema, a cui la Scienza del Diritto non ha saputo dar soluzione.

Il Bonucci [2], che nella sua recente profonda prolusione palermitana ha sottoposto a sottile riesame il concetto di diritto subbiettivo, inteso come potere giuridico, crede con esso di risolvere il problema.

Difatti anche gli incapaci, se *volessero, potrebbero*, cioè la loro volizione, se ci fosse, non incontrerebbe ostacoli nel diritto obbiettivo [3]. Gli incapaci non possono per impossibilità psico-fisica, ma hanno il *potere* giuridico.

Senonchè nella maggior parte dei casi è proprio il potere *giuridico* che a costoro fa difetto. L'interdetto legale, l'inabilitato, l'adolescente e financo il fanciullo, il pazzo *potrebbero psicologicamente* voler vendere, ma *non possono giuridicamente*.

Non sembra perciò possibile separare la capacità di agire dalla capacità di diritto senza negare quest' ultima [4]. Potere giuridico

---

[1] Si prescinde qui dalla definizione Iheringhiana e dalle sue derivate, di fronte alle quali il problema del diritto soggettivo dall' incapace appare meno arduo. Ma ciò proprio perchè non raggiungono l' essenza giuridica del concetto (che è l' unica che al giurista interessi) e cioè il potere giuridico.

[2] Bonucci — *Diritto soggettivo e libertà*. (Archivio giuridico « Filippo Serafini » 1924) pagina 28 e segg.

[3] Op. cit. p. 34 - 35.

[4] Il Manzini — (*Trattato*, cit. p. 370 e segg.) ha un' intuizione di questo concetto. Egli, nel senso del diritto penale, identifica personalità giuridica e capacità di volere e di agire giuridicamente (cioè in modo rilevante per il diritto), poichè chi non è capace di volere o di agire giuridicamente non può nè agire contro i comandi penali (donde l'incapacità di essere destinatario dei doveri da essi derivanti), nè profittare dell' ordinamento giuridico in quanto costituisca dei diritti subiettivi (donde l' insuscettività del diritto di difesa), nè sottoporsi all' obbligo della pena secondo

di agire ed incapacità (impossibilità) giuridica di agire si elidono a vicenda. Come a vicenda si elidono dovere giuridico (che include anche il potere giuridico di adempierlo) di agire ed incapacità giuridica di agire.

È dunque una necessità di concetto dichiarare il soggetto di diritto capace di agire. Ciò vuol dire che per il diritto le attività costituenti esercizio o adempimento dei diritti e degli obblighi di un soggetto debbono *giuridicamente* considerarsi come attività di questo soggetto, anche se fisicamente o psichicamente sono estranee al sostrato psico-fisico, in cui corrispondenza il soggetto è costruito, ove pure tale sostrato esista.

È questa con ammissione che, imposta dalla logica, non conduce ad alcuna conseguenza aberrante, ma anzi chiarisce molti fenomeni giuridici, che altrimenti resterebbero incomprensibili.

Tra questi principalissimo l'esercizio di diritti altrui da parte di soggetto incapace (secondo la terminologia tradizionale) ad eser-

---

i presupposti psicologico-giuridici di essa (donde insuscettività di pena ed incapacità dei diritti di condannato).

La ragione sostanziale per cui il Manzini non estende questa concezione a tutto il diritto nasce dal fatto che la volontà dell' incapace nel diritto privato può essere supplita, da altre volontà capaci, il che non può avvenire nel dominio del diritto penale, poichè qui la volontà dev'essere personalissima come personali sono i diritti e gli obblighi che ne discendono (p. 386 op. cit.). Ma è chiaro che anche pel Manzini quel *dev'essere* non enuncia che una necessità d'ordine deontologico e non assoluto ,se egli, pur essendo contrario alla responsabilità penale delle persone giuridiche in cui la naturale incapacità di volere é tipica, ammette che « la volontà sovrana potrebbe attribuire alle persone collettive la personalità di diritto penale » (op. cit. 383). Per cui, generalizzando ed approfondendo l'osservazione del Manzini, è possibile dedurre che in un ordinamento giuridico penale, in cui venissero attribuite al soggetto come sua attività giuridica anche i fatti non volontari o le volizioni altrui (come avviene attualmente nel diritto privato), potrebbe essere ammessa la soggettività giuridica anche dell' incapace naturale di volere, che in un simile ordinamento sarebbe capace di agire o di volere giuridicamente. Come, viceversa, in un ordinamento di diritto privato che non attribuisse al soggetto altra attività fuori che la volontaria, dovrebbe essere dichiarato incapace di diritti, e perciò privo di personalità giuridica, il naturalmente incapace di volere. Ci sembra, dunque, che dall' osservazione del Manzini, se condotta alle sue conseguenze, si possano dedurre due conclusioni applicabili in tutto il dominio del diritto: 1° che non è concepibile personalità giuridica senza capacità di agire; 2° che è l'ordinamento giuridico che ci dice quali attività siano proprie del soggetto o, se meglio piace, di quali attività il soggetto sia *capace*. Ci sembra però di non potere aderire alle conclusioni a cui giunge il Manzini relativamente all'ordinamento giuridico penale moderno, poichè a noi sembra che questo ammetta dei diritti soggettivi indipendenti dalla capacità naturale di volere: il diritto di difesa ed i diritti soggettivi garantiti dall'imperativo penale, poichè noi riteniamo che l' imperativo penale costituisca anche a favore dei singoli dei diritti correlativi agli obblighi penalmente sanzionati, o alla grande maggioranza di essi.

citare i propri. Tale fenomeno non si può spiegare che considerando che *per il diritto* l'attività del rappresentante è attività del rappresentato, che l'attività dell'esercente è giuridicamente attività del soggetto, i cui obblighi o diritti vengono eseguiti od esercitati.

Nel diritto romano al servo ed al figlio di famiglia era riconosciuta un'estesa capacità negoziale per conto del *pater familias*. Nel diritto vigente il minore emancipato può per mandato compiere degli atti, ai quali non sarebbe ammesso per conto proprio (articolo 1743 c. c.). Ed anzi, poichè l'età richiesta per il rapporto d'impiego è generalmente di 18 anni, può ben avvenire che il minore non emancipato possa compiere, come funzionario di enti, degli atti di cui egli stesso per sè non sarebbe capace.

Queste possibilità giuridiche trovano la loro spiegazione nel fatto che per il diritto tutti questi atti, che psicologicamente appartengono al rappresentante, sono atti del soggetto giuridico rappresentato.

§ 12°) Queste osservazioni schiudono la via ad una più completa comprensione del soggetto di diritto, alla quale dal resto si perviene svolgendo il concetto già ricavato.

Difatti il sistema parziale di norme, di cui il soggetto di diritto è la soggettivazione, non pone soltanto diritti ed obblighi, ma dice anche come quelli sono esercitati come questi sono osservati o violati.

Tanto la persona fisica che la giuridica sono per il loro ordinamento soggetti del *jus negotii*. Ma questo stesso ordinamento ha norme, che identificano e regolano l'attività negoziale del soggetto.

In base ad esse soltanto riconosceremo quando il soggetto abbia esercitato il *jus negotii*. Ci diranno che la dichiarazione contrattuale della persona fisica risulta da questo fatto, fornito di queste caratteristiche fisiche (oralità, scrittura) psicologiche (assenza di violenza, di errore, di dolo, stato mentale etc.) e formali, posto in essere dall'individualità psico-fisica in cui corrispondenza è dal diritto e nel diritto costruito il soggetto giuridico. Ci diranno che la dichiarazione contrattuale di quest'altra persona fisica è

costituita da un fatto fornito delle stesse caratteristiche fisiche psicologiche e formali, e posto in essere da individualità psico-fisica diversa da quella corrispondente alla persona fisica contraente, cioè giuridicamente agente. Del pari le stesse norme ordinanti la persona giuridica ci diranno che sua dichiarazione contrattuale è quella proveniente dell'organismo psico-fisico del rappresentante. Lo stesso è a dirsi di ogni altra attività giuridica in lato senso, cioè di ogni altra attività operativa nel diritto.

L'ordinamento della persona, sia essa fisica o giuridica, dice quali fatti le appartengono. Appartiene al soggetto ogni adempimento od inadempimento di dovere ed ogni esercizio o mancato esercizio di diritto. Ciò per necessità di concetto. Perchè l'ordinamento giuridico del soggetto dice sempre, o caso per caso o con alcune norme di generale applicazione, come i doveri ed i diritti debbano essere adempiuti e goduti o esercitati. Cosicchè, prodottasi in un dato momento la circostanza, *la condictio juris*, che faccia sorgere in quel soggetto il dovere od il diritto, basterà constatare se si siano verificati quei determinati fatti positivi o negativi in cui la norma fa consistere l'adempimento del dovere, l'esercizio od il godimento del diritto, per dedurne se il soggetto quello abbia o non adempiuto, questo abbia o non esercitato o goduto.

La mancata esecuzione dell'obbligazione del minore o dell'ente, che costoro dovevano adempiere per mezzo dei legali rappresentanti, è al minore od all'ente imputata. Come si considererà dalla parte non negata, e perciò riconosciuta, la scrittura privata contro di lei prodotta in giudizio, se il procuratore non l'abbia specificatamente negata.

In questi casi l'atto psico-fisico, positivamente o negativamente caratterizzato (a seconda che si tratti di azione o di atto denunziante l'omissione), [1] del rappresentante e del procuratore co-

---

[1] Per il rapporto tra omissione ed atto, anche fuori del campo dell'illecito, si potrebbe ripetere quanto è detto al cap. I, § 12, avvertendo però che la dipendenza del contegno dalla determinazione omissiva è elemento proprio del sistema dell'imputazione giuridica a fondamento psicologico morale, mentre per l'imputazione giuridica in generale basterà la constatazione che l'evento (non occorre indagarne la natura e le caratteristiche che saranno determinate da ciascun ordinamento giuridico) costituente l'adempimento dell'obbligo o l'esercizio del diritto non si sia verificato.

stituirà giuridicamente atto dell'ente e della parte. Nè più nè meno come l'atto dell'uccisione promanante dal nostro volere e dal nostro braccio costituirà atto giuridico (in senso lato), cioè atto imputabile alla nostra personalità giuridica. In quei casi, come in questo, il fatto sarà imputato al soggetto giuridico, e varrà perciò come suo atto, solo in virtù della norma.

Ogni indagine, ricercante la causalità psico-fisica come tale, è esclusa. Del resto il nesso di causalità potrebbe condurci unicamente all'uomo od alle cose, mentre da noi si cerca il soggetto di diritto.

§ 13°) Facendo rientrare nell'attività del soggetto i fatti positivi e negativi costituenti adempimento od inadempimento di obbligo esercizio e godimento o mancato esercizio e godimento di diritto, crediamo che il concetto di attività giuridica sia reso in tutta la sua estensione. Se mai potremmo errare per eccesso, non per difetto.

Difatti, se è vero che un atto non possa avere altra rilevanza giuridica che quella di essere vietato e perciò contrario al dovere (inadempimento di obbligo), o dovuto (adempimento di obbligo) o permesso (esercizio o mancato esercizio del diritto), è anche vero che nei limiti del nostro concetto di attività giuridica sono contenuti tutti gli atti giuridicamente rilevanti. [1]

[1] Sulla necessaria rilevanza giuridica di ogni atto, in quanto non può sfuggire alla qualifica di lecito (comandato o permesso) o di illecito (vietato) si vedano DEL VECCHIO — *Il concetto del diritto*, cit. p. 94 e passim. DONATI — *Il problema delle lacune nell' ordinamento giuridico*, (Milano, 1910) passim e spec. a p. 92. LEVI — *Contributi*, cit. passim e spec. § 32 — *Saggi*, cit. pp. 129 e segg. Dopo quanto abbiamo detto nel capitolo primo circa il concetto di lecito, è appena utile rilevare che secondo noi la valutazione di liceità non è possibile di tutta l'attività giuridica, ma soltanto di quell'attività giuridica che sia anche attività pratica, per cui resteranno al di fuori di questa valutazione tutti gli atti giuridici in cui non vi sia autocoscienza.

Però anche noi ammettiamo che sia inconcepibile un'attività del soggetto giuridico irrilevante per il diritto. Anzi per noi quest'affermazione è più rigorosa poichè, per ipotesi, l'attività del soggetto giuridico non può essere che... giuridica, cioè quella che l'ordinamento gli attribuisce.

E questa attività per la necessaria completezza di ogni ordinamento giuridico non potrà non essere che vietata o comandata o permessa. Se però si guarda al momento del riconoscimento della norma, al momento in cui essa attinge la sua natura divenendo da voluto massima dell'umano volere, non vi è dubbio che il diritto investe tutta l'attività pratica del soggetto che *si riconosce* destinatario dalla norma, poichè, sempre in virtù del principio della completezza dell'ordinamento giuridico, è impossibile ipotizzare un atto di fronte ad esso irrilevante, ragion per cui di ogni atto si potrà domandare se è contrario al diritto (illecito) od omologo (lecito).

È vero, come già abbiamo visto, che un atto può nel mondo del diritto essere rilevante oltre che per la sua qualifica anche per la sua funzione di causa di rapporti giuridici. Ma anche questo fatto non potrà sottrarsi al giudizio di conformità al diritto, che investe totalmente, esaurendola, tutta la categoria degli atti giuridicamente rilevanti, i quali, perchè tali, se non sono vietati o comandati, rientreranno nella categoria degli atti, che non trovano ostacolo nel diritto, che perciò possono giuridicamente farsi e si è *giuridicamente* liberi di fare. Tolti gli atti vietati e comandati, non restano che gli atti costituenti la sfera del potere e della libertà giuridica, cioè del diritto soggettivo.

Il nostro concetto di attività potrebbe invece sembrare troppo esteso, poichè in esso sono inclusi e il non esercizio del diritto, che non pare distinguibile dall'esercizio, ed in genere i *fatti* positivi e negativi costituenti adempimento o inadempimento di obbligo ed esercizio o mancato esercizio di diritto, mentre sembrerebbe più opportuno parlare di *atti*.

Potrebbe difatti sembrare superflua, e perciò scientificamente ingiustificata, la distinzione tra esercizio e mancato esercizio del diritto, poichè nell'uno come nell'altro si ravvisa l'esercizio della libertà, in che il diritto consiste.

Ma il singolo diritto subbiettivo, sebbene sia libero potere (poichè, se non fosse libero, sarebbe dovere), si differenzia da quella generale libertà che resta negativamente delimitata da un lato dalla zona del dovere e dall'altro dalla zona della libertà positiva, determinata, quest'ultima, dalla somma dei diversi poteri costituenti i singoli diritti soggettivi.

L'esercizio del diritto soggettivo non può essere che esplicazione del particolare potere di agire che ne costituisce il contenuto; mentre il suo mancato esercizio non è che esplicazione di quella indistinta libertà complementare la quale, alla sua volta, costituisce un diverso ed amplissimo diritto soggettivo [1], ai cui limiti abbiamo già accennato.

[1] Per la concezione della libertà come diritto subbiettivo si vedano gli autori citati nella nota precedente e la vasta bibliografia, in vario senso, richiamata dal DONATI (op. cit.) sotto i n. 11 e 23. Nello stesso senso, ma da diverso punto di vista, è BONUCCI — *Diritto soggettivo e libertà*, cit.

Abbiamo poi di proposito parlato di *fatti* positivi e negativi, e non di *atti* costituenti adempimento o inadempimento di obblighi ed esercizio o mancato esercizio di diritti. Ciò perchè attività giuridica, nel senso di attività giuridicamente rilevante, che perciò è la sola che venga in considerazione nel sistema del diritto, non può essere confusa con attività pratica.

Il diritto nella sua realtà concreta più che riferirsi all' attività pratica è un momento di essa stessa. Esso difatti, come già dissimo, non è reale che nell' azione dominata e diretta dall' imperativo giuridico.

Ma, ed anche ciò abbiamo avvertito, qui siamo nel momento dell' astrattezza del diritto. Noi ce lo siamo obbiettivato e ne ricerchiamo il sistema scientifico.

Qui perciò non è discorso di quell'attività, che è un momento della realtà dello spirito, bensì di quel complesso di eventi che sulla base delle norme e nel loro sistema va attribuito al soggetto di diritto, che, come tale, non è uomo, non è spirito. Ad esso, che è personificazione di un particolare ordinamento giuridico, appartengono tutti i fatti, che questo stesso gli attribuisce. Come, lo abbiamo visto.

Solo per questa aderenza subbiettiva tali fatti giuridicamente rilevanti son considerati atti giuridici ed il loro complesso attività giuridica. Ma, in astratto, fra di essi l' arbitrio della norma può porre atti veri e propri, atteggiamenti corporei vuoti di ogni spiritualità e, financo, eventi della natura bruta o morta: tutto dipende dalla norma, che, nella sua formale arbitrarietà, li ponga come contenuto di obblighi e di diritti.

L'obbligo dello stregone di provocare la pioggia o di arrestare l' epidemia non cessa di esser tale, perchè ha per obbietto prestazioni naturalmente impossibili. E la mancata pioggia e la continuata epidemia non cesseranno di costituire violazione della norma e quindi attività giuridica del soggetto. Come non vi è dubbio che un dovere violavano quei legionari romani invasori della Grecia, i quali non avessero saputo rifare, giusta l' ordine del loro rozzo condottiero, il dipinto che avessero per avventura distrutto.

Anche il contenuto del concetto di impossibile, come quello del concetto di atto, è relativo allo stato di cultura ed alle concezioni, che, in ciascun ordinamento giuridico sono riflessi.

E comunque la regola « *ad impossibile nemo tenetur* » che è consacrata, sebbene con ampie e necessarie limitazioni, in tutti gli ordinamenti giuridici, proprio perchè espressamente consacrata, non discende dalla essenza logica della norma. Del resto positivamente il giuridicamente impossibile è meno esteso dell'impossibile naturalmente [1].

E, in ogni caso, l' impossibile da limite dell' obbligo non è da convertirsi, *sic et simpliciter*, in limite del diritto per negare questa qualifica al potere giuridico fisicamente inesercitabile.

Che la sfera dei diritti e degli obblighi non debba essere più estesa di quella della possibilità umana, è un precetto deontologico che, con opportune limitazioni, il legislatore deve tener presente. E sarà anche vero dal punto di vista della realtà del diritto, poichè la norma impossibile è destinata a rimanere astratto comando ed a concretarsi mai nella realtà dell'azione. Ma in quella astrattezza la norma giuridica impossibile è logicamente ammissibile e storicamente esistita. E ciò da solo basterebbe perchè la Scienza del Diritto non ne possa prescindere.

Del resto la norma di esecuzione impossibile, proprio perchè destinata ad essere costantemente violata, non cesserà dal proiettare sul fatto ad essa contrario la qualifica di inadempimento, il quale non può essere attribuito che al soggetto dell' obbligo non adempiuto.

Sebbene l' atto negativo sia inconcepibile, anche i fatti negativi possono assumere il valore di atti. E ciò non soltanto perchè essi non sono dei non fatti ma dei fatti identificati negativamente, cioè dall' assenza di certe caratteristiche, ma molto di più perchè

[1] Si pensi che per una veduta deterministica potrebbe essere impossibile l'astensione dal reato poichè il solo fatto che questo è avvenuto dimostra che era *necessario*. Ed a prescindere da questa considerazione estrema si rifletta che la maggior parte degli ordinamenti giuridici, specialmente nel campo del diritto privato, considerano come limite dell' obbligazione, sia per dichiararla nulla sin dal suo sorgere sia per escludere la responsabilità per inadempienza, soltanto l' impossibilità obbiettiva e non anche la subbiettiva, la quale può essere per l'obbligato altrettanto ermetica che la prima. Su ciò si veda Cap. III, § 2.

questi fatti negativi assumono nel diritto una qualifica positiva e propria, in quanto sono adempimento o inadempimento di obbligo, esercizio di diritto o della libertà complementare, di cui si è fatto cenno. Cioè, come i fatti positivi, concretano le determinazioni per cui il soggetto giuridico è nel diritto e per il diritto attivo.

§ 14°) La Scienza del Diritto comunemente concepisce il soggetto giuridico come un ente trascendente il Diritto, che rende giuridico attribuendogli le qualità giuridiche della capacità di diritto e della capacità di agire. Essenziale la prima, contingente la seconda.

Noi abbiamo negato quella trascendenza e ridotto la persona di diritto ad ente puramente giuridico, a sfera di poteri e di doveri giuridici, la quale, se è attualità di diritto, non può avere l'attributo della capacità.

Ma poichè lo stesso potere e lo stesso dovere, che sono dovere e potere di agire, vengono negati dall'incapacità giuridica di agire, che è proprio non potere (anche questo giuridico) di agire, abbiamo affermato l'immanenza della capacità di agire nel soggetto.

Ma anche qui il concetto di capacità di agire, come già quello di capacità di diritto, deve dissolversi in quello di soggetto di diritto il quale, siccome è effettività di potere e di dovere, non può essere insieme capacità, cioè possibilità di agire.

Il soggetto opera nel diritto secondo il suo ordinamento, il quale, ponendo e soggetto e poteri e doveri, ci dice anche quando questi sono adempiuti o violati quando quelli sono o non esercitati. Adempimento e inadempimento, esercizio o non esercizio di diritto sono determinazioni soggettive, in quanto non si concepiscono se non attribuite al soggetto di diritto, e sono anche le sole possibili, poichè non è pensabile una determinazione del soggetto di diritto che non sia una di esse.

Cosicchè, qualunque sia la loro natura fisica, tutti i fatti che, secondo l'ordinamento del soggetto, concretizzano un adempimento od un inadempimento di obbligo, un esercizio od un non esercizio di diritto, varranno come atti del soggetto, come sua attività giuri-

dica. E solo questi, poichè ogni altro è per necessità di presupposti estraneo alla realtà giuridica del soggetto.

Sebbene noi abbiamo accettato la veduta fondamentale del Kelsen, il quale afferma che il nesso tra il fatto ed il soggetto giuridico non possa essere nè volontario, nè teleologico, nè causale, ma solo d'imputazione giuridica, tuttavia la nostra soluzione si differenzia notevolmente da quella del chiaro scrittore tedesco.

Mentre egli ha fissato il nesso d'imputazione seguendo la linea delle conseguenze giuridiche del fatto ed attribuendo questo al soggetto su cui quelle si ripercuotono, noi quel nesso abbiamo ricavato dallo stesso ordinamento giuridico del soggetto, cioè dalla *sua* stessa realtà, dalla sua specifica natura. Abbiamo difatti dichiarato che è il suo particolare ordinamento, la *sua costituzione*, che ci dice quando e come il soggetto sia attivo e perciò quali fatti gli sieno imputabili, quali no.

Il nesso d'imputazione indicato dal Kelsen non riesce a riflettere nessuna luce di soggettività sui fatti imputati, i quali in nulla si differenziano nella categoria dei fatti giuridici, ai quali tutti è peculiare la proprietà (senza della quale non sarebbero più fatti giuridici) di esser causa di rapporti giuridici e perciò di diritti e di doveri. Noi invece siamo riusciti a differenziare nell'ampia categoria dei fatti giuridici un'altra categoria più ristretta, costituita dai fatti con cui il soggetto giuridico è, per il suo ordinamento, attivo, e siamo così riusciti a delineare il concetto di attività giuridica.

§ 15°) La dottrina del diritto appare tutta fondata sul fatto del volere. Volontà è la legge, volontà è il contratto, dichiarazione di volontà è il negozio, volontà è il delitto, e quello che rende dinamico il soggetto di diritto è la sua capacità di volere. Cosicchè parrebbe che nel mondo del diritto non si possa parlare di un'attività che non sia attività spirituale, sintesi di volere e di conoscere. Invero non è raro che alle espressioni potere di volere, capacità di volere, si sostituiscono quelle di potere di agire, di capacità di agire. Ma è un agire che non si differenzia sostanzialmente dal volere, che anzi è vero volere, poichè si pensa sempre

potenziato dalla volontà, quale momento esterno del processo volitivo. È insomma un agire in cui è presente la spiritualità del soggetto: è attività pratica.

Ma non si tratta che di un residuo. La più moderna dottrina del diritto tende a limitare o meglio ad intendere più precisamente il valore del fatto del volere nel mondo del diritto ed a creare accanto al concetto di volere psicologico, irrilevante per il diritto, un concetto di volere giuridico, che in fondo del primo non avrebbe che il nome.

La volontà del legislatore ha, nei più recenti indirizzi, perduto ogni contenuto psicologico e si è ridotta a volontà postulata dalla norma, ricavabile solo dal sistema logico delle norme con esclusione di ogni mezzo d'indagine, che possa condurre alla reale storica volontà del *legislator*. La volontà del legislatore è divenuta, perciò, null'altro che la *ratio*, la *mens legis*, la giustificazione razionale, la ragione, giusta od erronea, che sta a base della norma. Che questa ragione sia stata o meno presente al creatore della legge, all'interprete non importa. Non lo indaga neppure o, per lo meno, non fonda su quest'indagine la sua interpretazione.

Come abbiamo visto nel primo capitolo, sul fatto della volontà non trova fondamento neanche tutto il sistema della responsabilità subbiettiva per fatto illecito. Oltre che l'intero sistema della responsabilità obbiettiva (il quale perciò è un problema), sulla base della volontà rimangono inesplicabili diverse teoriche fondamentali del negozio giuridico.

Non è chiaro che, quando la legge nega valore alla dichiarazione di volontà viziata da violenza, da dolo o da errore, dichiara invalide volizioni reali in omaggio alle volizioni che presumibilmente si sarebbero avute, se non fossero intervenuti quei fatti?

I Romani dissero bene: *quamvis, si liberus essem, noluissem, tamen coactus volui*. Lo stesso deve dirsi della volizione determinata da dolo e da errore, poichè è proprio evidente che questi raggiunsero i loro effetti soltanto perchè la volizione realmente intervenne.

Ed è ancora da rilevare che mentre l'elemento essenziale e predominante nella volizione è il fine, questo rimane nella dottrina

del negozio giuridico irrilevante, poichè, per decidere dell'esistenza e della validità di questo, si guarda alla causa, che può dirsi un fine obbiettivo, o, come si suol dire, la ragione giuridico-economica del negozio, giammai ai motivi intimi del dichiarante.

E quando si pone come canone d'interpretazione delle manifestazioni di volontà l'indagine dell'intenzione reale del dichiarante, alla volizione reale, che è quella che si è inverata nell'azione, che qui è la dichiarazione, si fa prevalere una volizione presunta, cioè quella che sarebbe stata se l'intenzione si fosse tutta e fedelmente trasfusa nell'azione.

E, ancor di più, quando, in tema di interpretazione dei contratti, si afferma che al senso letterale deve prevalere la *comune* intenzione delle parti, non si ha l'occhio ad alcuna realtà psicologica, all'intenzione, che come tale non può essere *comune* alle parti, sebbene *propria* a ciascuna di esse, ma a quegli elementi delle diverse intenzioni delle parti, che approssimativamente coincisero, cristallizzandosi e perdendo la loro realtà spirituale nel contratto, onde questa *comune intenzione* è qualche cosa di obbiettivo, da rilevarsi dagli elementi della stessa dichiarazione di volontà e non dalla ricerca reale e storica del volere delle parti. Questa comune intenzione delle parti, insomma, sta al contratto come la cosidetta volontà del legislatore alla legge.

Or da queste osservazioni non trajamo, almeno noi, argomento a foggiare un volere giuridico accanto al volere psicologico. Il volere è quel che è: un atto spirituale, e non può essere nient'altro. Queste nostre osservazioni tendono soltanto ad una constatazione: che il volere non domina, ma è dominato dal diritto.

Questo non subisce senz'altro la realtà del volere, ma l'accoglie nel suo dominio, la elabora, la traforma, l'apprezza nella sovranità della sua valutazione.

Ogni ordinamento giuridico riflette una concezione ed una valutazione del mondo. Questa concezione e questa valutazione possono condurre alla negazione del volere od alla sua svalutazione, onde è possibile un ordinamento giuridico, in cui l'atto del volere sia irrilevante e si considerino, quindi, alla stessa stregua l'azione e la mera modificazione fisica. Come altre concezioni ed

altre valutazioni possono condurre ad altre interpretazioni, per cui sarà possibile che in quest'ordinamento giuridico sia riconosciuto come volere il volere dichiarato, in quest' altro il volere c. d. effettivo, l'intenzione, e che il fatto riconosciuto come volere sia, in forza di determinati giudizi di valore, diversamente apprezzato e ritenuto capace di diversa efficacia nella modificazione del mondo giuridico.

Da ciò noi crediamo di poter dedurre che sia un errore considerare il volere come un elemento essenziale del diritto, che lo pervada in tutti i suoi aspetti ed in tutte le sue manifestazioni. E bisogna principalmente tener presente che il diritto nel suo aspetto soggettivo non è necessariamente diritto di volere ed obbligo di volere, onde, come è concepibile che un diritto possa essere esercitato anche senza volerlo esercitare, così è concepibile si possa incorrere nell'inadempimento di un obbligo, non solo senza volerlo, ma anche senza *volere* il fatto vietato dalla norma o senza avere la coscienza di omettere ciò che la norma comanda.

E quando diritto ed obbligo sono diritto ed obbligo di volere, dicendo che il soggetto ha esercitato quel diritto perchè ha voluto quel determinato fatto ed ha violato quell' obbligo perchè ha voluto il fatto contrario alla norma, faremo delle affermazioni esatte ma che non giungono alla radice delle cose.

Il diritto si dirà esercitato e l' obbligo eseguito perchè sarà intervenuto quel fatto (considerato dal diritto come atto o come effetto di esso) in cui, secondo la norma, l' esercizio del diritto o l'adempimento dell' obbligo si concreta, che potrà essere un atto volontario od una propagazione causale di esso, come potrà essere tutt'altro. Come, viceversa, il diritto si dirà non esercitato e l'obbligo inadempiuto se non interverranno i fatti potuti o dovuti, che potranno essere degli atti volontari o degli effetti di essi, come potranno essere eventi di altra natura, che il diritto considera atti o effetti di questi.

Il volere, insomma, nell'uno e nell' altro caso non è che un elemento, certo non essenziale, tanto che può mancare, dell'evento dalla norma considerato come atto.

In sostanza, relativamente al problema che ci interessa, con

espressione impropria, ma efficace, si può dire che il volere non ha la virtù originaria di produrre responsabilità, ma la deriva dal diritto, che può ad esso, come ad ogni altro evento, attribuire il valore di atto (dichiarandolo così *imputabile*) e riconnettervi il sorgere di obblighi per il soggetto imputato (ponendo così la *responsabilità*).

Nel sistema della c. d. responsabilità subbiettiva vi è questo di particolare: che è imputata al soggetto (cioè è considerata come attività giuridica) soltanto l'azione, e che di essa il soggetto è tenuto responsabile soltanto se costituisca inadempimento di obbligo, che qui, per la natura spirituale dell'evento che lo sustanzia, può dirsi anche violazione di dovere.

Ma anche qui, per chi non si arresta alla superficie delle cose ma ne vuole invece penetrare la natura, è evidente che il volere induce responsabilità perchè ed in quanto (difatti molta parte dell'attività volontoria è dichiarata inimputabile e perciò non—attività) è dall' ordinamento giuridico riconosciuto come attività del soggetto.

Chè se poi non tutte le azioni volontarie riconosciute come atti giuridici inducono responsabilità, ma soltanto quelle che abbiano la caratteristica dell' illiceità, è questa una limitazione contingente che non discende dal concetto di responsabilità, la quale si configura ogni qual volta sul soggetto ricadono le conseguenze giuridiche svantaggiose (risarcimento, pena etc.) dei propri atti. Ma *quando* ciò debba avvenire, cioè quando il soggetto debba esser tenuto responsabile, è ancora la norma che lo dice.

L' attività è un presupposto necessario della responsabilità, ma questa non è di quella un conseguente necessario.

§ 16°) Il dualismo tra responsabilità subbiettiva e responsabilità obbiettiva o senza colpa non pone il problema di quest'ultima, bensì quello della responsabilità. E la soluzione non deve ricercarsi, positivamente, tentando di ridurre la seconda alla prima o, negativamente, elidendo l' una o l' altra.

La soluzione invece va cercata nell'unificazione dei due concetti, cioè nella scoperta del fondamento comune.

Per noi questo fondamento comune e, più semplicemente, il fondamento della responsabilità è l'attività. La responsabilità esprime la determinazione attivistica dell'obbligazione, la necessità o, meglio, la *ragione* della necessità posta in un ordine normativo al soggetto di subire determinate limitazioni, come conseguenza derivantegli in quell'ordine dalla *sua attività*.

Perciò ovunque vi sia attività *vi può* essere responsabilità. Questa può estendersi fino ai margini di quella.

Ma poichè fondamento della responsabilità giuridica non può essere che l'attività giuridica, i limiti logici della prima sono determinati da quelli della seconda. Ragion per cui indagare se un obbligo sia determinato da responsabilità vuol dire ricercare se esso sia generato dall'attività giuridica del soggetto obbligato. Onde la necessità di fissare il concetto di attività giuridica.

E siccome atto vuol dire fatto imputato al soggetto, soggettività, il concetto di attività giuridica abbiamo ricercato indagando quello di soggetto di diritto. E, svolgendo il principio che il soggetto giuridico è posto dal diritto, siam pervenuti alla conclusione che neanche il concetto di attività giuridica può essere precedente o trascendente il diritto, che atto giuridicamente non può essere che quel fatto che il diritto, nella sua formale arbitrarietà, considera atto, cioè che la norma imputa al soggetto.

Difatti ogni ordinamento giuridico contiene delle norme generali o speciali che, riflettendo un certo stato di cultura, stabiliscono quali fatti siano al soggetto imputabili e quali no, determinano, cioè, come e quando il soggetto sia attivo. E ove queste norme non vi siano, funzionano da fonte sussidiaria le concezioni naturalistiche e filosofiche e le valutazioni morali dominanti nel gruppo. Le quali, però, non daranno luogo ad un giudizio d'imputazione causale o morale, ma ad un giudizio d'imputazione giuridica, poichè quel giudizio di imputazione intanto avrà luogo, in quanto quelle concezioni e quelle valutazioni saranno state accolte ed elaborate dalla coscienza giuridica.

Siamo così pervenuti alla conclusione che vi sia responsabilità ogni qual volta la norma obblighi il soggetto in conseguenza di fatti che ad esso attribuisce qualificandoli, perciò, atti.

Questi risultati, ai quali siamo giunti sottoponendo ad esame critico i concetti di obbligazione e, principalmente, quelli così strettamente connessi di soggetto e di attività giuridica, conservano tutta intera la loro validità se, uscendo dal mondo irreale ed incolore degli schemi e dei concetti, li saggiamo alla stregua della infinita varietà del reale, della concretezza della vita e della storia.

Che la responsabilità sia nelle sue forme in funzione strettissima con le forme di aggregazione sociale, è constatazione che la Scienza del Diritto trasse dallo studio della storia non appena ad essa chiese una più piena comprensione del proprio obbietto, e che ormai si illumina di certezza di fronte ai risultati più recenti del metodo storico-comparativo.

Ma questa funzione non è stata precisamente colta e spiegata.

Il Gierke [1] spiega la responsabilità del capo dell'antica famiglia germanica, per il fatto e per le obbligazioni dei componenti di essa, col rapporto di autorità e di signoria che egli aveva su questi. E sulla base dello stesso rapporto spiega la responsabilità dell'imprenditore, del capo delle grandi industrie moderne che quasi afferrano i lavoratori ed i sottoposti e li assoggettano come tali « ad un rapporto di superiorità concentrata nella persona dell'imprenditore ».

Il Barassi [2] ritiene di poter trarre dalla cennata constatazione una conferma del principio che, secondo lui, sta a base della responsabilità civile, e cioè che il *subbietto economico* è responsabile dei danni che hanno origine in occasione dell'esercizio delle forze di cui dispone per il soddisfacimento del proprio interesse. Egli difatti spiega il fenomeno, proprio dell'ordinamento gentilizio, della responsabilità della tribù, della gente, della parentela, della famiglia, col fatto che in quell'ordinamento il singolo non ha individualità economica, ma è un elemento dell'unità economica del gruppo, nel quale è costretto ad associarsi non potendo, per le peculiarità della civiltà primitiva, provvedere da solo al proprio sostentamento. E spiega il passaggio dalla primitiva responsabilità collettiva alla re-

[1] *Die Genossenschaftstheorie*, cit. (ed. 1887), p. 803.

[2] *Contributo alla teoria della responsabilità*, etc. pp. 389 e seg.

sponsabilità individuale coll' emancipazione economica dell' individuo.

Ma la prima interpretazione è erronea perchè nell'ordinamento gentilizio il capo di famiglia non risponde come singolo ma come capo del gruppo e, cioè, col patrimonio di esso e con la vita dei singoli componenti, i quali tutti, indifferentemente, sono esposti alla vendetta. Erronea è la seconda, perchè non tiene conto dell' istituto della vendetta, nel quale si manifesta in modo saliente e tipico la solidarietà gentilizia, e dà invece eccessivo rilievo alla solidarietà nelle obbligazioni patrimoniali, che è fenomeno secondario, relativamente recente e nella massima parte derivato. L'una e l'altra spiegazione, poi, sono unilaterali poichè spiegano il fenomeno della responsabilità in relazione con fenomeni concomitanti e non in funzione dell'intera realtà dell'ordinamento gentilizio, di cui questi e quello non sono che aspetti particolari.

La responsabilità collettiva non è fenomeno peculiare dell'ordinamento gentilizio, ma di tutti gli ordinamenti in cui la personalità giuridica individuale non esiste o, per lo meno, nei rapporti esterni è completamente assorbita nella personalità del gruppo. Difatti la solidarietà nella responsabilità è fenomeno che si riscontra egualmente, con intensità proporzionale alla purezza dell' ordinamento, e nell' organizzazione territoriale ed in quella signorile.

Ed allora, chi sa guardarsi dalle interpretazioni anacronistiche del fatto storico, si accorgerà che quella che a noi, abituati a considerare il soggetto giuridico singolo, sembra respensabilità collettiva, è realmente responsabilità individua, cioè del soggetto di diritto posto da quegli ordinamenti.

La responsabilità è del gruppo perchè tali ordinamenti giuridici questo solo, nei rapporti esterni tra gruppo e gruppo, riconoscono come soggetto, e l'attività del singolo, se valutata come attività giuridica, non può essere attribuita che al gruppo di cui egli è parte.

Certamente, ogni ordinamento giuridico è in funzione delle condizioni economiche in cui la collettività vive, ed è perciò evidente che queste ne determinano la struttura, cooperando, del re-

sto, in ciò con tutti i diversi fattori sociali ed individuali, fra cui soltanto una visione semplicistica della storia può astrarne alcuno per sopravalutarlo come originario e produttore degli altri.

Ma ciò significa soltanto, e la deduzione non è certo peregrina, che non a caso quei gruppi si formano ed acquistano nel processo del diritto la soggettività giuridica. Ma l' attività e la responsabilità giuridica viene a quei gruppi attribuita non perchè unità economiche prevalenti, o per altre ragioni di ordine sociologico, ma perchè ad essi viene dalla coscienza giuridica attribuito ogni diritto ed ogni obbligo, la proprietà ed il rispetto alla proprietà altrui, il credito ed il debito, in sostanza perchè ad essi è attribuita, quali che sieno le cause, la personalità giuridica.

Ed il sorgere della responsabilità individuale, più che fenomeno connesso con la dissoluzione di quei gruppi, è un' aspetto di questa dissoluzione, è un segno dell' emergere dell' individuo come centro indipendente di attività giuridica, è il segno della sua conquista della personalità nel mondo del diritto.

Le forme della responsabilità sono perciò in funzione del concetto di soggetto di diritto che ciascun ordinamento giuridico si foggia, obbedendo alle esigenze della cultura e della vita che lo determinano.

E poste, insieme col porsi del soggetto singolo, l' imputabilità e la responsabilità individuale, la ferrea legge dell' immutabile funzione, che avvince questi tre aspetti dell' unico concetto di soggettività, continua a manifestarsi rigorosamente.

Nelle epoche di cultura primitiva, caratterizzate dall' obbiettismo gnoseologico ed etico, predomina negli ordinamenti giuridici la tendenza ad imputare al soggetto giuridico ogni fatto che in base a nessi reali od immaginari si possa collegare ad una modificazione dell' individualità fisica, prescindendo da ogni indagine circa il valore spirituale di queste modificazioni. Onde concezione prevalentemente materialistica del soggetto e, di conseguenza, imputazione giuridica sulla base della causalità fisica e responsabilità obbiettiva.

Ed al passaggio dall' obbiettivismo al soggettivismo, che da

principio si afferma come libertà morale, corrisponde la tendenza ad attribuire al soggetto i fatti voluti, gli atti illuminati da autocoscienza e le loro conseguenze più o meno volontarie. Onde concezione prevalentemente spiritualistica del soggetto giuridico e, di conseguenza, imputazione giuridica sulla base dell' imputazione morale e responsabilità subbiettiva.

Ed è infine pieno di significato il tentativo più volte ripetuto nella recente dottrina di spiegare la responsabilità obbiettiva, che negli ordinamenti giuridici moderni mostra un' indubbia tendenza a riprodursi nei rapporti patrimoniali, con la personificazione della ditta, dell' azienda, del patrimonio, in modo da poter considerare come attività di questo, alle quali sia perciò riconnettibile la responsabilità, il moto ed ogni propagazione effettuale degli elementi economici che lo costituiscono.

Per noi questa costruzione è superflua poichè se il moto e le propagazioni effettuali di quegli elementi costituiscono adempimento od inadempimento di obbligo ovvero esercizio o mancato esercizio del diritto, quei moti e quelle propagazioni sono imputabili al soggetto di questo diritto e di quest' obbligo, costituiscono attività [1] e sarà per essi, dunque, possibile la responsabilità senza configurare un altro soggetto di diritto, che sia quasi l' *alter ego* di quel primo.

Se quei moti e quelle propagazioni non rivestono per l'ordinamento giuridico alcuna delle cennate determinazioni soggettive, rimangono fatti oggettivi, inimputabili, non—attività, non ricollegabili quindi ad alcun soggetto giuridico.

Però questo tentativo, sebbene fallito, rende buona testimo-

[1] Che l'attività delle persone che per noi, anche al di fuori del rapporto di rappresentanza, per legge o per contratto esercitano ed adempiono le facoltà e gli obblighi a noi spettanti, sia nostra attività giuridica, della quale perciò possiamo esser tenuti responsabili, crediamo di aver ripetutamente ed in più luoghi provato.

Ma anche il fatto dell'esistenza del *nostro* edificio, dell' esistenza di animali *nostri* è manifestazione ed esercizio del nostro diritto di avere edifizi ed animali, e costituisce, adunque, nostra attività, a prescindere dall'attualità di un qualsiasi nostro moto spirituale, poichè per il nostro ordinamento giuridico per godere ed esercitare il diritto sulle nostre cose non è necessario alcun *animus*. E sono perciò ricollegabili alla nostra attività giuridica, e quindi capaci di produrre nostra responsabilità, le modificazioni di quelle cose e le loro propagazioni effettuali.

nianza che l'esigenza, da noi rilevata, di intendere la responsabilità in funzione del concetto di attività e di soggetto giuridico, ha valore veramente categorico, giacchè essa s' impone anche se inconscia.

	ERRATA	CORRIGE
p. 4 l. 7	rapp·rii	rapporti
» 5 » 2	al mondo	nel mondo
» 9 n[2] » 1	*and*	*und*
» 10 n[1] » 3	Rivista	(Rivista
» 12 » 11	nn	un
» 21 » 10	vi sta	vista
» 22 » 9	*jure*	*jus*
» 22 » 15	Ille·to	illecito
» 22 » 23	*eon*	con
» 24 » 3	un potere	un non *potere*
» 25 » 33	ossequente	ossequiente
» 29 » 2	giuridlca	giuridica
» 32 n[1] » 2	*secutivo*	*esecutivo*
» 33 » 16	e	o
» 37 » 10	omissione	commissione
» 37 » 20	p r	per i
» 39 n[1] » 10	*jure*	*jus*
» 45 n[1] » 5	1842	1842 c. c.
» 45 n[1] » 8	argemento.	argomento
» 45 n[1] » 11	arric h mento.	arricchimento).
» 46 n[1] » 3	sull' indice	nell' indice
» 47 n » 1	[1] ATZERI-VACCA	[1] ATZERI-VACCA
» 50 n » 26	disermicante	discriminante
» 56 n[2] » 5	SABILLES	SALEILLES
» 58 » 11	chi da	da chi
» 59 n » 2	al §	al § 9
» 63 n[1] » 3	*vicinotatis*	*vicinitatis*
» 67 » 9	affidato	affidata
» 68 n » 1	parallelo	parallelo
» 86 n » 6	*Kritischer*	*Kritischer*
» 87 » 26	del	dal
» 95 » 5	il fon-	il fonda-
» 111 » 29	*in interiore hominis*	*interiore homine*
» 113 » 18	dagli obblighi	agli obblighi
» 114 » 18	da quella di	da quella dell' obbligazione di
» 117 » 21	le teoriche,	le teoriche,
» 118 n[1]		[4] (la nota [1] alla p. 118 vale come nota [4] alla p. 117) (la nota [1] vale come nota [4] della p. prec.)
» 119 » 27	la legge.	la legge
» 129 n » 6	è così opposto	è, così, opposto
» 130 » 33	formale	astratta
» 132 » 8	te lice,	teplice
» 132 n » 1	24	4
» 133 » 10	cui si rico-	cui rico-
» 133 n » 1	25	5
» 133 n » 3	26	
» 134 n »	*ouer änität*	*Souveränität*
» 136 » 27	della cosa	della casa
» 138 » 25	responsabilità	responsabilità

La responsabilità del produttore: da mera comparsa a protagonista

Anna Lisa Bitetto

1. A poco più di un ventennio dal suo esordio europeo (con la direttiva Cee n. 85/374 relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotto difettoso), la responsabilità da prodotto difettoso smentisce lo scetticismo derivante dai primi, stentati esiti applicativi e torna alla ribalta grazie ad un crescente numero di pronunce che riconoscono il risarcimento del danno a consumatori danneggiati dall'uso di prodotti difettosi[1]. L'inaspettato fermento della giurisprudenza di merito ha finito per coinvolgere i giudici di piazza Cavour recentemente chiamati a vagliare l'operato delle corti sottordinate, ma soprattutto a scandire regole interpretative di una responsabilità a carattere oggettivo svincolata dalla colpa del produttore che si fonda sul mero rapporto di causalità tra difetto del prodotto e danno[2].

Proprio il desiderio, in un'epoca fortemente caratterizzata da processi di fabbricazione industriale, di superare il concetto di colpa come esclusivo criterio di imputazione del fatto illecito – cui conseguiva la dismissione delle aspettative dei consumatori, danneggiati in conseguenza del difetto del prodotto, ma impossibilitati a dimostrare la mancata diligenza del produttore nel rispetto delle norme sulla produzione o sul controllo per impedire il formarsi di un difetto, aveva ispirato una normativa sul danno da prodotti volta a garantire tutela all'utente finale del bene[3]. Si riteneva, infatti, che la responsabilità del produttore, indipendente dalla sua colpa, costituisse un'adeguata soluzione del problema in un'epoca caratterizzata da progresso tecnolo-

[1] Cfr. G. Ponzanelli, *Difetto del manico portabottiglie e responsabilità del produttore*, nota a Trib. Benevento 24 febbraio 2006, in «Danno e resp.», 2006, 1254.

[2] V. Cass. 14 giugno 2005, n. 12750, e 29 aprile 2005, n. 8981, in *Danno e resp*, 2006, 259, con nota di A.L. Bitetto, *Responsabilità da prodotto difettoso: «strict liability» o «negligence rule»?*; la prima è commentata altresì da S. Della Bella, *La responsabilità dell'importatore di fuochi d'artificio*, in «Resp. civ.», 2006, 132.

[3] In tal senso R. Pardolesi, *Commento art. 1 d.P.R. 224/88, La responsabilità da prodotto difettoso*, R. Pardolesi - G. Ponzanelli (a cura di), in «Nuove leggi civ.», 1989, 592.

gico, di una giusta attribuzione dei rischi inerenti alla produzione tecnica moderna[4].

D'altronde, i difetti vengono articolati per categorie: *a*) difetti di fabbricazione (c.d. *manifacturing difects*) sussistenti quando il prodotto non è conforme alla sua progettazione originaria, nonostante nella preparazione e nella commercializzazione del prodotto sia stata usata la migliore diligenza; *b*) difetti di progettazione (c.d. *design defects*) rinvenibili quando i rischi prevedibili di un danno derivante a prodotto avrebbero potuto essere ridotti o eliminati completamente attraverso l'adozione di un *design* alternativo da parte del produttore o di un altro distributore, o da parte di un altro soggetto che abbia rivestito la posizione di distributore nella catena distributiva del prodotto, e la mancata adozione di tale *design* alternativo ha reso il prodotto non ragionevolmente sicuro; *c*) difetti di informazione (c.d. *information defects*) presenti quando i rischi prevedibili del verificarsi di un danno creati dal prodotto avrebbero potuto essere ridotti o eliminati tramite l'apposizione di ragionevoli istruzioni o avvertenze da parte del produttore o da parte di un altro distributore, o da un soggetto che ha assunto in precedenza analoga posizione nella catena distributiva del bene, e l'omissione di tali istruzioni e/o avvisi informativi ha reso il prodotto non ragionevolmente sicuro. Ebbene, tali categorie influenzano l'onere probatorio a carico del danneggiato; e la regola di *strict liability* si complica a tal punto da avvicinarsi ad una *negligence rule* tutte le volte in cui il malcapitato utente si trovi di fronte alla dimostrazione della sussistenza di difetti di progettazione ed informazione, in ciò ricalcando le orme americane del *Restatment* in materia di responsabilità del produttore.

Infatti, i giuristi nordamericani ritengono che la responsabilità per i difetti di fabbricazione sia chiaramente oggettiva, mentre quella per i difetti di progettazione e inerenti alla avvertenze sui prodotti (c.d. *warnings*) si vuole sia informata ai principi di colpa[5].

Vero è che risulta facile dimostrare che un prodotto presenti un difetto di fabbricazione, bastando un semplice confronto tra la progettazione originariamente concepita (dato facilmente reperibile attraverso le illustrazioni della progettazione fornite dal produttore stesso o, più semplicemente, da un confronto con altri prodotti dello stesso produttore e della medesima serie presenti sul mercato) ed il prodotto che ha cagionato il danno. In tali ipotesi vige una regola di responsabilità oggettiva pura perché è sufficiente provare che il danno è stato

[4] Così i considerando della Direttiva 85/374 CEE del Consiglio del 25 luglio 1985 relativa al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati Membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi.

[5] Cfr. G. Ponzanelli, *La responsabilità del produttore negli Stati Uniti d'america*, in «Danno e resp.», 1999, 1065.

cagionato dal prodotto che presenti differenze rispetto a quello originariamente concepito per ottenere il ristoro del pregiudizio patito, senza necessità di affermare che l'errore del produttore sia frutto di negligenza, imprudenza o imperizia[6].

Nel caso di difetti di progettazione va provato che esisteva un modo ragionevole di progettare un prodotto più sicuro e la soglia di ragionevolezza richiede necessariamente una *cost-benefit analysis* tra i costi per migliorare l'affidabilità del prodotto ed i benefici che se ne sarebbero tratti in termini di sicurezza, laddove l'affermazione che i benefici per i consumatori avrebbero giustificato i costi per ottenerli riconduce la prova nell'alveo della colpa del produttore per non aver adottato le misure cautelari necessarie. Lo stesso requisito della ragionevolezza del comportamento del produttore ritorna inevitabilmente in primo piano allorquando si debba dimostrare l'inadeguatezza delle avvertenze e/o istruzioni fornite dal produttore sui rischi prevedibili connessi all'utilizzo del prodotto.

Nondimeno, affermare che il modello di responsabilità del produttore ha centrato il segno (quello di garantire tutela al *consumer* o al *bystander* vittima di un difetto del prodotto) esclusivamente nel caso di difetti di fabbricazione sarebbe semplicistico e non veritiero, considerando che ben più ampi risultati sono stati raggiunti grazie alle spinte del formante dottrinario e all'opera interpretativa della giurisprudenza in tema di responsabilità da prodotto difettoso.

2. In vero, la responsabilità del produttore appare sulle scene giuridiche europee grazie alla direttiva Ce 85/374 con il precipuo obiettivo di riavvicinare le legislazioni degli Stati membri in materia di responsabilità dei prodotti, onde garantire un livello elevato di protezione del consumatore dei danni causati alla persona o ai beni da un prodotto difettoso e ridurre contemporaneamente le diverge tra legislazioni nazionali in tema di responsabilità che falsano il gioco della concorrenza e limitano la libera circolazione di merci[7].

Il suo campo di applicazione si estende ben presto includendo, oltre ai beni mobili oggetto di produzione industriale incorporati o non in un altro bene o in un immobile, anche le materie prime agricole ed i prodotti della caccia a seguito della crisi della c.d. mucca pazza senza possibilità di deroga dopo la direttiva Ce 99/34, volendo al contempo ripristinare la fiducia dei consumatori nella sicurezza della produzione agricola ed incoraggiare i produttori e gli importatori a rispettare strettamente le norme e le misure di salvaguardia applicabili assumendo un atteggiamento responsabile in merito alla sicurezza delle

[6] In tal senso, D. Owen, *Il terzo Restatement*, in «Danno e resp.», 1999, 1066.

[7] V. R. Pardolesi - A. Palmieri, *Difetti del prodotto e del diritto privato europeo*, in «Foro it.», 2002, IV, 300.

materie prime agricole[8]. Così, può essere chiamato a rispondere oggettivamente dei danni patiti dall'utilizzatore di un difetto difettoso non solo *chiunque partecipi al processo di produzione, ma anche* l'importatore del prodotto difettoso, qualsiasi persona che apponga al prodotto il proprio nome, marchio o altro segno distintivo e quando non può essere individuato il produttore ogni fornitore a meno che comunichi al danneggiato, *entro un ragionevole periodo di tempo, l'identità* del produttore.

La responsabilità solidale di tutti gli operatori della catena di produzione è dettata al fine di garantire finanziariamente il risarcimento, offrendo al danneggiato l'*opportunità di rivolgersi ad uno qualunque* dei responsabili fatto salvo il diritto di rivalsa di quest'ultimo[9].

Come la dottrina sottolineava sin dall'esordio della disciplina, nel caso di più produttori dello stesso bene il problema riceve un'impostazione corretta solo quando si pongono a carico solidale di ciascun soggetto le conseguenze della propria attività di fabbricante, elaboratore o manipolatore del prodotto che, a causa dei vizi da cui era affetto, ha provocato un danno, rimanendo espunta la veste di intermediario dello scambio da quella giuridicamente rilevante di produttore[10]. Ma, quanto alla figura del distributore, va subito detto che la Corte di giustizia non ha lasciato spazio a dubbi interpretativi: la responsabilità *oggettiva per il danno da prodotti difettosi*, di matrice comunitaria, investe esclusivamente il produttore del bene; il distributore risponderà solo nel caso in cui abbia volontariamente celato l'identità del fabbricante[11].

In linea generale il regime oggettivo di responsabilità non opera quando il produttore riesca a dimostrare: *a*) di non aver messo in circolazione il prodotto; *b*) che il difetto all'origine del danno sia comparso successivamente alla messa in circolazione da parte sua; *c*) che il prodotto non sia stato fabbricato per un vendita da cui avrebbe tratto beneficio; che il difetto è dovuto alla conformità del prodotto a disposizioni vincolanti emanate dalle autorità pubbliche; *d*) che le conoscenze tecniche al momento della messa in circolazione del prodotto non erano sufficienti per individuare *il difetto; e)* nel caso in cui *si tratti del fabbricante* di una componente del prodotto finale, se il difetto è imputabile alla progettazione del prodotto o alle istruzioni fornitegli dal fabbricante. Si impone così sul produttore una presunzione generale di responsabilità che potrà *essere rovesciata nei casi previsti*; su di lui grava, infatti, il rischio dell'impossibilità di raggiungere la prova dei fatti summenzionati, trattandosi però di circostanze di fatto più vicine alla sua sfera di controllo.

Seguendo una regola *che si può definire di strict liability* più *contributory negligence*, il produttore risponderà anche quando il danno sia stato provocato congiuntamente dal difetto del prodotto e dall'intervento dal terzo, ma la sua responsabilità *id est* il risarcimento dovuto potrà essere *diminuito quando si accerti che il danno è stato cagionato* congiuntamente dal difetto del prodotto e dalla colpa del danneggiato o di persona di cui la vittima sia responsabile.

Il modello europeo presenta inoltre una responsabilità limitata *nel tempo, innanzitutto perché la vittima dispone di un termine di tre* anni per chiedere il risarcimento che decorre dal momento in cui l'attore ha avuto o avrebbe dovuto conoscere il danno, il difetto e l'identità del produttore; ed in secondo luogo, la responsabilità del produt*tore cessa entro un termine di dieci anni a decorrere* dalla data in cui il prodotto è stato messo in circolazione.

Sul punto i giudici di Lussemburgo, chiamati a pronunciarsi in merito ai difetti di prodotti sanitari, hanno fatto chiarezza affermando *che: 1) i dieci anni per l'estinzione dei diritti del danneggiato* decorrono dal momento in cui il prodotto, uscito dal processo di fabbricazione ed entrato in quello di commercializzazione, viene offerto al pubblico per essere utilizzato e consumato; *b*) si deve reputare irrile*vante che il bene sia stato venduto all'utilizzatore* direttamente dal produttore ovvero che la vendita sia avvenuta nell'ambito di un processo di distribuzione implicante uno o più distributori; *c*) il prodotto si considera immesso in circolazione quando è utilizzabile dal pa*ziente, anche presso la stessa struttura di fabbricazione*[12].

In considerazione del diverso potere contrattuale delle parti, nonché del diverso grado di informazioni in loro possesso, si sancisce l'inderogabilità contrattuale della responsabilità del produttore, vale a dire che non è *ammessa nessuna clausola negoziale che facoltizzi* il produt-

[8] In merito al tale ampliamento cfr. G. Ponzanelli, *Estensione della responsabilità oggettiva anche all'agricoltore, all'allevatore, al pescatore e al cacciatore*, in «Danno e resp.», *2001, 792.*

[9] Per dirla con le parole di U Carnevali, *Prodotti difettosi, pluralità di produttori e disciplina dei rapporti interni*, in «Resp. civ.», 2004, 650 «quella per danno da prodotti difettosi è una responsabilità diretta (verso il consumatore o utente danneggiato) di tutti i fabbricanti che collaborano alla realizzazione del prodotto finale; *e la solidarietà trova la sua ragion d'essere in relazione alle dimensioni del* rischio nell'eventuale causazione del danno, connesso a quello d'impresa, riferibile a ciascuno».

[10] Così A. Frignani, *La direttiva Cee sulla responsabilità da prodotto e la sua attuazione in Italia*, in «Giur. piemontese», 1986, 671.

[11] *Così, Corte giust. Comunità europee, 14 marzo 2006, n. 177/04*, «Foro it.», 2006, IV, 317, con nota di A.L. Bitetto, *Responsabilità oggettiva solo per il produttore*, si rimprovera al governo francese di aver continuato a considerare il distributore del prodotto difettoso responsabile allo stesso titolo del produttore in tutti i casi in cui non sia stato possibile identificare quest'ultimo, nonostante il fatto che il *distributore abbia indicato entro un termine ragionevole l'identità di chi gli ha* fornito il prodotto ed al modello danese che il distributore rischia di essere considerato responsabile in tutti i casi in cui tale responsabilità possa essere addebitata al produttore, assumendo la veste formale di garante in solido di quest'ultimo.

[12] V. Corte giust. Comunità europee, 9 febbraio 2006, n. 127/04, «Foro it.», *2006*, IV, 317, con nota di A.L. Bitetto, *Responsabilità oggettiva solo per il produttore*, cit.

tore a limitare la propria responsabilità nei confronti della vittima. Al danneggiato rimane dunque l'esiguo compito di provare l'esistenza del danno, il carattere difettoso del prodotto ed il legame di causa ed effetto tra difetto e danno subito. A tal proposito si ritiene che un'alterazione delle caratteristiche di sicurezza che il pubblico può legittimamente pretendere determina il carattere difettoso del prodotto e che tali caratteristiche si debbano valutare in relazione alla presentazione del prodotto, all'uso ragionevole che di esso ne possa fare l'utente ed alla data di messa in circolazione del prodotto. D'altro canto, l'aver messo successivamente in circolazione un prodotto più perfezionato non può determinare il carattere difettoso del prodotto in causa.

Se, dunque, nell'ottica della tutela del consumatore utente meno informato una restrizione c'è, essa va individuata nella determinazione delle voci di danno risarcibile. La direttiva copre esclusivamente i danni causati dalla morte i da lesioni personali ovvero il danno o la distruzione di cose diverse dal prodotto difettoso, previa detrazione di una franchigia di 500 euro, purché la cosa si del tipo destinato o consumo privato e sia stata utilizzata dal danneggiato principalmente per proprio uso o consumo privato[13].

Ma il sistema di tutela delineato dalla direttiva non può incidere sulle garanzie assicurate da ogni sistema nazionale sia a livello contrattuale che extracontrattuale pertanto si lasciano impregiudicati i diritti che la vittima può esercitare in base al diritto relativo alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale o in base ad un regime speciale di responsabilità esistente al momento della notifica della direttiva[14]. Alla luce di tali principi il formante dottrinario si è subito posto l'interrogativo se il consumatore-danneggiato potesse continuare ad avvalersi delle soluzioni offerte dal diritto nazionale ogniqualvolta ciò risulti più favorevole, ritenendo che per non penalizzare la vittima si dovesse lasciargli la possibilità di decidere *case by case* di scegliere di agire secondo la normativa che più si adattasse alle condizioni concrete[15]. Paradossalmente, a sbarrare tale varco si è posta la giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha sancito come l'istituzione di un sistema di responsabilità del produttore armonizzato non lascia ai paesi membri margini di discrezionalità per discostarsi dalle disposizioni della direttiva, quanto dire che resta assicurata esclusivamente la

[13] La *ratio* va ritrovata nella volontà del legislatore di affrancare le imprese dall'onere di fronteggiare innumerevoli pretese risarcitorie. In realtà, se la soglia viene applicata come franchigia in senso stretto, non se ne capisce il senso e pare più opportuna la regola britannica «*if the amount of damage done to the property of the plaintiff is worth £275 or more, the whole amount is recoverable including the first £275*».

[14] Così, G. Ponzanelli, Dal biscotto alla «mountain bike»: la responsabilità da prodotto difettoso in Italia, in «Foro it.», I, 1994, 258.

[15] In tal senso, A.L. Bitetto, *Responsabilità da prodotto difettoso: strict liability o negligence rule?*, in «Danno e resp.», 2006, 265.

sopravvivenza di regimi di responsabilità fondati su elementi diversi (i.e. imputazione per colpa)[16].

Nonostante il tuonare di gran parte della dottrina, incline ad affermare come la ricorrenza di tutte le condizioni tassativamente previste da una tutela specifica (seppur generale) per i prodotti difettosi non significasse – in assenza di una norma *ad hoc* – ch'essa costituisse il solo diritto comune nella sua sfera di applicazione, poiché non si doveva confondere l'imperatività delle condizioni di applicazione (nonché degli effetti) di una tutela di matrice comunitaria con il divieto di concorso delle azioni che possono eventualmente offrirsi alla vittima[17], sembrava che tale sbarramento fosse insormontabile. ma i giudici di Piazza Cavour hanno più volte aggirato l'ostacolo!

3. In un primo momento il legislatore italiano ha dato attuazione alla direttiva Ce 85/374 attraverso il d.p.r. 224/88; tale disciplina della responsabilità da prodotto in seguito alla promulgazione del Codice del consumo dlgs. 205/2006, finalizzato a riordinare ed esemplificare la normativa sulla tutela dei consumatori è oggi confluita negli artt. 114-127 di tale codice. La norma di chiusura del sistema, l'art. 127 cod. cons., ribadisce ancora una volta che «*le disposizioni del decreto non escludono né limitano i diritti che siano attribuiti al danneggiato da altre leggi*», lasciando impregiudicata l'art. 2043 norma generale del codice civile che conserva la sua centralità nel sistema della responsabilità civile.

Le due diverse normative, quella codicistica e quella di derivazione comunitaria, coesistono una a fianco dell'altra, mantenendo distinte le proprie caratteristiche, senza pericolose interferenze e garantendo invece un concorso di azioni (extracontrattuali generali, extracontrattuali speciali e contrattuali) a disposizione del danneggiato che può scegliere di volta in volta a seconda della convenienza dei rimedio che l'ordinamento propone.

L'affermazione di responsabilità in apertura della disciplina non lascia adito ad equivoci: il produttore è responsabile di tutti danni cagionati dai difetti del suo prodotto, laddove una responsabilità svincolata dall'accertamento della colpa trova la sua prima ragion d'essere

[16] Cfr. Corte giustizia Comunità europee, 25 aprile 2002, n. 183/00, «Foro it.», 2002, IV, 294 con nota di R. Pardolesi - A. Palmieri, cit., a tenore della quale l'art. 13 della direttiva 85/374/Cee, relativa al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri in materia di responsabilità per danno da prodotti difettosi, deve essere interpretato nel senso che i diritti attribuiti dalla normativa di uno stato membro ai danneggiati a causa di un prodotto difettoso, in forza di un regime generale di responsabilità basato sullo stesso fondamento della disciplina attuata dalla suddetta direttiva, possono essere limitati o ristretti in seguito al recepimento di quest'ultima nell'ordinamento giuridico interno del suddetto stato.

[17] M.E. Arbour, *Corte di giustizia e protezione delle tradizioni giuridiche nell'interpretazione delle Direttiva CEE/374/85*, in «Danno e resp.», 2003, 379.

nell'insufficienza dei rimedi contrattuali propri della vendita al fine di: *a*) raggiungere un elevato grado di sicurezza dei prodotti che i normali rimedi contrattuali non sono in grado di conseguire perché non adeguati allo stesso modo di un sistema di responsabilità oggettiva ad esercitare lo stesso grado di pressione sul produttore del bene difettoso[18]; *b*) consentire al consumatore acquirente del bene di consumo legato contrattualmente al solo venditore il quale è di frequente soggetto ben distinto dal produttore del bene di ottenere il ristoro del pregiudizio patito dalla persona normalmente finanziariamente più capiente; *c*) proteggere adeguatamente la posizione dei terzi che possono risentire un danno da prodotto difettoso e che sono, per definizione, estranei alle vicende contrattuali intercorrenti tra il compratore ed il venditore c.d. *bystanders*; poiché, se lo scopo è assicurare la massima protezione al consumatore nella sua integrità fisica e nei suoi beni, si deve considerare soggetto meritevole di tutela anche il *bystander*.

La definizione di prodotto non desta dubbi interpretativi, ricomprendendo al suo interno ogni bene mobile, incorporato o non in immobile, e l'elettricità, mentre si escludono dall'applicazione della disciplina le costruzioni anche nell'ipotesi in cui non si possa invocare la normativa sulla rovina di edifici.

La norma sul produttore contempla tra i potenziali responsabili tutti i soggetti che in qualità di produttori (del prodotto finito, di una sua componente, della materia prima) prendono parte all'attività di fabbricazione escludendo la soluzione dell'esonero del fabbricante parziario e della allocazione della responsabilità in capo al produttore del bene finito. Si vuole attribuire al produttore del bene finito il compito di controllare la sicurezza della materia prima o della componente nonostante tali controlli spettino in prima battuta a chi ha fabbricato le parti specifiche. Per un verso, tale disciplina costituisce un'ulteriore remora, per chi organizza l'attività produttiva, a servirsi dell'opera di imprese convenienti sul piano dei prezzi, ma inaffidabili su quello della sicurezza; per l'altro, letta in chiave giuseconomica, la corresponsabilità del produttore del bene finito per i danni che già il produttore della parte è tenuto risarcire comporta l'inconveniente (come vedremo innanzi scongiurato nell'ipotesi del fornitore) che entrambi dovranno assicurarsi per uno stesso rischio, con relativa duplicazione del premio da pagare.

Altra questione è la chiamata in causa del produttore c.d. apparente, ovvero chi si presenti al pubblico come produttore perché appone sul bene o sulla confezione il proprio nome marchio o segno distintivo pur avendo delegato a terzi la fabbricazione del prodotto. La responsabilità del produttore apparente poggia le sue basi sulla considerazione che egli abbia sempre e comunque la possibilità di controllare l'attività di chi materialmente produce il bene. A dettare le regole del gioco, in tale ipotesi, sarebbero il buon nome e l'immagine del marchio aziendale che spingono il titolare del segno ad approntare strumenti contrattuali atti a consentirgli di incidere profondamente sulle scelte del fabbricante, sino a sostituirsi allo stesso imponendogli modifiche dell'attività produttiva ovvero delle caratteristiche del bene che porta il suo nome. In via di approssimazione si deve ritenere che il fabbricante dovrà sopportare il costo dei difetti di fabbricazione che ricadono su suo controllo, mentre il produttore apparente, se ha fornito il *know how*, dovrà farsi carico delle perdite derivanti dai *design* e *information defects* quando sia stata omessa la comunicazione delle informazioni rilevanti per un uso sicuro del prodotto.

Nella diversa ipotesi in cui il prodotto difettoso sia stato fabbricato oltre i confini della comunità europea, risponderà chiunque abbia importato il prodotto per la vendita, la locazione il *leasing* o qualsiasi altra forma di distribuzione. Con tale previsione si vuole esplicitamente evitare il pericolo che il danneggiato finisca per ottenere vittorie di Pirro, vanificate dalla pratica inattingibilità di un patrimonio, quello del produttore, situato in un paese lontano, con immani difficoltà di procedere in via esecutiva.

Figura diversa quella del fornitore, così come il suo coinvolgimento nella responsabilità per difetto del prodotto; egli potrà, infatti, liberarsi da ogni vincolo risarcitorio semplicemente comunicando al danneggiato l'identità ed il domicilio del produttore o della persona che gli abbia fornito il prodotto entro tre mesi dalla richiesta della vittima[19].

Il ruolo assegnato al fornitore è quello di condurre all'identificazione del fabbricante (giacché è sembrato superfluo e non risolutivo per la sicurezza dei prodotti gravare di responsabilità il sistema distributivo), anche se si danno circostanze in cui il fornitore può, ancor più del produttore, essere chiamato a svolgere un ruolo positivo: per quel che concerne la presentazione del prodotto e l'esplicazione all'acquirente delle istruzioni o avvertenze per la sua utilizzazione; perché egli è in grado di prevedere e suggerire l'uso al quale il prodotto va ragionevolmente destinato ed i comportamenti da tenere in relazione ad esso; ed in particolar modo quando provvede alla messa appunto e/o all'installazione del prodotto[20].

[18] Sulle tematiche della connessione tra responsabilità da prodotto e sicurezza cfr., il recente saggio di M.E. Arbour, *Sicurezza alimentare e prodotti difettosi dopo LIDL e Bilka: un binomio sfasato*, in «Danno e resp.», 2007,989.

[19] Cfr. Trib Roma 4 dicembre 2003, «Foro it.», 2004, I, 1632, con nota di A.L. Bitetto, *La responsabilità del produttore nel nuovo sistema del danno non patrimoniale*, a tenore della quale «il fornitore convenuto in giudizio dall'utilizzatore del prodotto può sottrarsi a responsabilità indicando il nome del produttore, ai sensi dell'art. 4 d.p.r. 224/88, nell'arco di tre mesi qualora non siano intercorse comunicazioni anteriormente alla notificazione della citazione, ma la chiamata in causa deve avvenire non oltre la prima udienza di trattazione».

[20] Così, A.L. Bitetto, *La responsabilità del produttore nel nuovo sistema del danno non patrimoniale*, cit., 1636.

Quanto alla nozione di prodotto difettoso, la novità del modello italiano rispetto alla direttiva è data dalla esplicita menzione della difettosità di un prodotto tutte le volte in cui esso non offra la sicurezza presente negli esemplari della medesima serie, quasi a volere sottolineare la particolare attenzione ai c.d. danni di fabbricazione. Di certo, il prodotto non deve presentare pericoli occulti, ma d'altro canto si deve escludere che l'insicurezza e, dunque, la potenziale pericolosità possa esser stata determinata dal tipo di utilizzazione che di esso ne abbia fatto l'utente consumatore, dovendosi considerare altresì, i comportamenti dell'utente che in relazione al prodotto potevano ragionevolmente essere previsti.

La responsabilità del produttore incontra invece il limite del rischio non conoscibile; si escludono i rischi o difetti che riguardano settori caratterizzati da un tasso veloce di mutamento del patrimonio tecnico conoscitivo. Si rileva in tal senso una propensione a considerare prevalente la funzione preventiva della responsabilità; la scelta di valutare le aspettative di sicurezza alla luce delle conoscenze scientifiche e tecnologiche esistenti nel momento dell'immissione in circolazione del prodotto si giustifica affermando l'impossibilità di calcolare in anticipo i rischi sconosciuti[21].

Quanto al mancato rispetto delle condizioni di sicurezza per assenza o carenza di istruzioni relative all'utilizzo del prodotto, esso è stata rilevato dalla giurisprudenza di casa nostra in pochissime fattispecie, tra cui l'omesso avviso della possibilità di esplosione di una macchinetta da caffè per occlusione da calcare della valvola di sicurezza e, dunque, della necessità di sostituzione o pulizia della stessa[22].

La presenza di istruzioni viene utilizzata a volte come *escamotage* dal produttore al fine di esonerarsi dalla responsabilità ogniqualvolta il consumatore sia stato avvisato dei possibili rischi connessi all'uso del prodotto. Recentemente, proprio la Suprema Corte ha affermato l'irrisarcibilità del danno patito da un consumatrice di prodotti cosmetici per un'inusitata e grave reazione allergica, non considerando inadeguata una generica avvertenza in merito alla possibilità di reazioni allergiche al prodotto, senza una precisa indicazione degli elementi chimici idonei a provocare danno alla salute[23]. L'ignara utilizzatrice di

[21] Cfr. F. Cafaggi, *La responsabilità dell'impresa per prodotti difettosi*, in «Trattato di diritto privato europeo»; N. Lipari (a cura di), Padova, 2003.

[22] L'*information defects* sussiste ogniqualvolta le informazioni per un uso corretto del prodotto da parte del consumatore non garantiscono un'adeguata conoscenza in relazione alle modalità di utilizzazione del prodotto stesso: Trib. Vercelli 4 aprile 2003, «Foro it.», Rep. 2003, voce cit., 204, commentata da G. Ponzanelli, *Responsabilità oggettiva del produttore e obbligo di informazione*, in «Danno e resp.», 2003, 1011).

[23] Cfr. Cass. 15 marzo 2007, n. 6007 («Foro it.», 2007, I, 2415, con nota di A. Palmieri, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*, commentata, altresì, da A.L. Bitetto, *Responsabilità da prodotto difetto a passo di gambero!*, in «Danno e resp.», 2007, dic.

una tintura per capelli aveva visto respinte le sue richieste risarcitorie *perché il prodotto, in commercio da anni, non aveva mai provocato* danni agli utilizzatori e dovevano considerarsi condizioni anormali di impiego del prodotto i particolari stati di salute in cui possa versare il consumatore, tra cui una particolare reattività del suo organismo verso sostanze normalmente innocue. Tale decisone non ha convinto la dottrina, incline a ritenere che un'interpretazione del *duty to warn* all'italiana, adempiuto con la semplice menzione della possibile nocività del prodotto, liberi il produttore dal fardello della risarcimento, rimuovendo gli incentivi alla messa in circolazione di prodotti sicuri[24].

Ma i giudici di legittimità non si sono lasciati sfuggire l'occasione di fornire una risposta più equa (e, come dimostreremo tra breve, allo stesso tempo più efficiente) al problema, affermando, di lì a poco, come la menzione del possibile verificarsi di rischi connessi all'utilizzo miri a scongiurare il profilarsi di un eventuale *information defect*, ma non precluda la responsabilità nei confronti del consumatore ignaro dell'esistenza del difetto di fabbricazione dovuto ad un insufficiente esercizio dei controlli e/o delle ispezioni di qualità normalmente assicurati all'interno dei processi produttivi. Stavolta, a patire i danni per un grave difetto del prodotto una paziente sottopostasi a mastectomia, la cui protesi mammaria inaspettatamente si era svuota a poco più di un anno dall'intervento di trapianto. Nelle istruzioni della protesi compariva una generica e subdola avvertenza della possibilità di sgonfiamento della protesi, ma nulla sui i possibili tempi di reazione del corpo che facesse presagire la necessità di sottoporsi nuovamente ad intervento chirurgico a così breve lasso di tempo dal trapianto. Lapidario il verdetto: l'art. 122, secondo comma, codice del consumo (*ex* art. 10 del d.p.r. 224/88) esclude la risarcibiltà del danno esclusivamente quando il danneggiato sia stato consapevole del difetto del prodotto e del pericolo che possa derivare dal suo utilizzo; non, invece, ove abbia avuto mera cognizione della probabilità di rischio connesso all'utilizzazione del prodotto[25].

In merito all'esonero di responsabilità del produttore il legislatore, all'art. 120 cod cons., accolla espressamente al fabbricante l'onere di provare i fatti che possono escludere la sua responsabilità, concedendogli tra l'altro la possibilità di dimostrare che il difetto non fosse originario. La norma intende evitare un'eccessiva pressione sul produttore, scevra di risultati nell'ottica della prevenzione dei danni, nei casi in cui il danno si verifichi quando il prodotto è stato messo in circolazione già da lungo tempo e sia quasi impossibile stabilire il mo-

[24] V. A. Palmieri, *Difetto e condizioni di impiego del prodotto: ritorno alla responsabilità per colpa?*, cit.

[25] Cfr. Cass. 8 ottobre 2007, n. 20985, in corso di pubblicazione sul «Foro it.», con nota di A.L. Bitetto, *Prodotto difettoso onere probatorio e comunicazione dei rischi*.